

Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux

ANNE-CHRISTINE FAVRE*

* Professeur à l'Université de Lausanne.

Inhaltsverzeichnis

A.	Introduction	233
I.	Cent ans de droit administratif, quelle signification?	233
II.	A quand remonte le droit administratif en Suisse?	235
1.	Définition	235
a)	Droit administratif et droit civil	235
b)	Une codification possible?	237
c)	Le concept de droit administratif	238
2.	Les différentes périodes préalables à l'Etat de droit en Suisse	240
a)	La période de l'Ancien Régime (jusqu'à 1798)	240
b)	La République Helvétique (1798–1803) et l'acte de Médiation (1803)	241
c)	La naissance de l'Etat libéral (dès 1820)	241
d)	La naissance de l'Etat fédéral (1848)	242
e)	Les révisions de la Constitution en 1874 et 1999	242
3.	La séparation des pouvoirs	243
4.	L'indépendance de la juridiction administrative	244
a)	En France	244
b)	En Allemagne	245
c)	En Suisse	247
5.	L'autonomie du droit administratif, en tant que science du droit	250
III.	Le choix du thème	251
B.	Du droit de police au droit de l'environnement	254
I.	Le droit de police, des origines à l'Etat libéral	254
1.	Du droit absolu de l'Etat à la naissance de la science administrative	254
2.	La théorie de l'Etat libéral et l'interventionnisme	256
3.	De l'Etat libéral à l'Etat moderne: autour du pouvoir discrétionnaire	256
II.	La notion de «droit de police»	258
1.	La notion de droit de police au sens étroit	258
a)	Notion matérielle	259
b)	Notion formelle	260
2.	La notion de droit de police au sens large	260
III.	Le droit de l'environnement	262
1.	Définition	262
2.	L'évolution législative	266
IV.	Les biens de police	267
1.	Les biens de police classiques	267
2.	Les biens environnementaux	268
V.	Portée de la notion de police aujourd'hui	269
1.	Les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie	269
2.	Les monopoles de police	270
3.	L'expropriation matérielle	270
4.	La clause générale de police	272
5.	L'imprescriptibilité des mesures de police	273
6.	L'autorisation de police	274
7.	La révocation des décisions	275
8.	Les assainissements	276

	a) La protection des situations acquises	276
	b) La protection des droits acquis	277
C.	La protection contre les dangers et les risques	279
I.	La notion de danger et de risque	279
II.	Les situations génératrices de danger	281
	1. Les activités de l'Etat pouvant occasionner un danger	281
	2. Les activités des personnes privées pouvant occasionner un danger	282
	3. Les dangers naturels	282
III.	La protection contre les dangers (<i>Gefahrenabwehr</i>)	284
	1. Quelles obligations d'agir à charge de l'Etat?	284
	a) La mission générale	284
	b) Les mesures de protection contre soi-même	285
	2. Le problème de la densité normative des obligations de protection	286
	a) La légalité des actes de police	286
	b) Une densité normative «suffisante»	287
IV.	Les principes d'action	289
	1. Le principe de l'opportunité, selon le droit de police classique	289
	2. Le principe de prévention	289
	3. Le principe de précaution	291
	a) Définition	291
	b) Portée du principe de prévention/précaution	292
	c) D'un risque prévisible à un risque incertain	294
	d) La notion de risque acceptable et les lacunes quant à un fondement légal	295
	4. Le principe du développement durable	297
	5. Le principe du pollueur-payeur	300
	a) Définition	300
	b) Portée	301
	6. Le principe de proportionnalité comme mesure d'une obligation de moyens?	302
V.	Les mesures de prévention et de répression des dangers	303
	1. Les moyens traditionnels	303
	2. L'incidence de l'évolution des connaissances et de la technique, mais aussi des incertitudes sur les procédures de contrôle	304
	a) La procéduralisation des risques	304
	b) La quantification des risques	305
	c) La veille technologique et la recherche, ou l'obligation d'adaptation des connaissances	306
	d) Le devoir d'information en droit de l'environnement: transparence ou compensation d'un déficit de légalité?	306
	e) La délégation des tâches à des organismes privés	307
	3. Les méthodes alternatives	308
D.	L'imputation des risques et des coûts	308
I.	Le vrai perturbateur et l'incidence de la force majeure	308
II.	La non indemnisation des mesures de police et l'effet «domino»	311
III.	Le faible recours à la mutualisation du risque	312
E.	Les droits de défense des citoyens	312
I.	Le développement de la juridiction administrative	312

II.	L'accès au juge	313
III.	La qualité pour agir des tiers en matière d'atteintes et de risques . . .	313
F.	L'eupéanisation et l'internationalisation du droit administratif	316
I.	Le droit de police de la communauté européenne	316
II.	Le Conseil de l'Europe	318
III.	L'incidence du droit international sur le droit suisse	320
G.	Conclusions	321

A. Introduction

I. Cent ans de droit administratif, quelle signification?

Un rapport sur 100 ans de droit administratif ne donne pas seulement l'opportunité de se positionner sur ce que représente le droit administratif, en tant que science du droit, mais aussi sur les circonstances et conditions dans lesquelles il a pris naissance.

Les aspects historiques du droit administratif en Suisse ont été relativement négligés¹, comparativement au droit privé, au droit constitutionnel ou au droit pénal, vraisemblablement en raison de la jeunesse de cette branche. Si l'on trouve plusieurs ouvrages traitant de l'histoire du droit administratif en France² ou en Allemagne³, non seulement un tel panorama est pauvre en Suisse⁴, mais, de surcroît, il est difficile de situer l'autonomie du droit administratif par rapport aux influences étrangères, notamment le droit français et allemand.

Cela étant, que représente, au juste, la période donnée? Contrairement au droit civil et au droit des obligations, dont on peut célébrer des étapes marquantes par l'anniversaire d'un code, le droit administratif ne permet pas cette démarche, puisqu'il ne fait pas l'objet d'une même vision unificatrice du droit. Alors que l'un des objectifs du code civil et du code des obligations était d'uniformiser les différents droits cantonaux, le droit administratif laisse largement subsister les différences d'échelle au niveau législatif, réparties entre la Confédération, les Cantons et parfois les communes, selon leurs domaines de compétences; par ailleurs, l'ampleur des tâches de l'administration ne permet guère de codifier la matière par une législation centrale, du moins en ce qui concerne le droit matériel, parce que l'évolution du droit administratif ces dernières années montre que, comme en droit civil et pénal, l'unification des procédures est désormais également une préoccupation.

Par essence, on admet, dès la naissance de l'Etat libéral, que le droit administratif repose sur le principe de la légalité; cependant, c'est à un éventail de codes que fait référence l'administration dans son activité quotidienne. La notion de loi, au sens large, peut d'ailleurs prendre la forme de textes inférieurs, comme des ordonnances ou des directives et recommandations, ce qui ne facilite pas l'accès à la matière.

1 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 3.

2 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 29 ss; JEAN-LOUIS MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, p. 9 ss. En France, l'histoire de l'administration et du droit administratif a commencé à être étudiée dès les années 1960, seulement (MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 3 et les références citées).

3 HANS WOLFF JULIUS/OTTO BACHOF/ROLF TOBLER, *Verwaltungsrecht*; ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, et les références citées en p. 58.

4 Voir notamment RICHARD BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*; ALFRED KÖLZ, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte*; MARKUS MÜLLER, *Droit administratif, Origine et spécificité*; BENJAMIN SCHINDLER, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz*.

S'il nous est naturel, aujourd'hui, de composer avec la complexité de cette partie du droit, qui ne cesse de se développer, et qui touche chaque citoyen dans sa vie quotidienne⁵, il est intéressant de comprendre comment cette discipline s'est développée; et, en quoi il est important de retourner parfois aux fondements, ce qui donne un intérêt à l'aperçu historique.

La tranche d'observation donnée – 100 ans –, ne correspond pas nécessairement à des points déterminants du droit administratif, lorsque l'on sait que cette matière a évolué lentement et péniblement, au gré de l'évolution socio politique⁶.

L'année 1911 renvoie tout-de-même, par pure coïncidence, à quelques événements marquants:

- à l'année de naissance du Professeur ANDRÉ GRISEL, tout d'abord ! Ce remarquable auteur a très fortement contribué à la compréhension de la science du droit administratif par son premier traité en 1970⁷, qui présentait la matière de manière complète, systématique et pratique; non seulement, cette œuvre a comblé un vide, compte tenu de la rareté des ouvrages en la matière, dans les années qui précèdent, mais encore, il s'agit de la première monographie paraissant en langue française.
- mais également à la date de parution de la première édition de l'ouvrage de FRITZ FLEINER⁸, *Institutionen der deutschen Verwaltungsrecht*, qui, par son approche d'un droit général en matière administrative, constitue une base incomparable pour l'analyse du droit helvétique. Au début du 20^{ème} siècle, la doctrine de la science du droit administratif suisse est particulièrement peu alimentée. Il faut cependant signaler l'œuvre de JAKOB SCHOLLENBERGER⁹, puis, plus tard celle de ERWIN RUCK¹⁰, qui ont permis de donner des bases à cette matière.

Le début du siècle dernier correspondrait donc à l'amorce d'un développement de la doctrine en droit administratif. Le fait qu'une méthode en droit administratif se soit développée si tard est inhérent à la place congrue de cette discipline, dans l'ordre juridique dominé par la science du droit privé, au 19^e siècle. Le début du 20^e siècle est représentatif de l'élan vers cette branche, après les

5 Voir PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, p. 1 s.

6 FRITZ FLEINER, *Les principes généraux*, p. 33 ss.

7 *Droit administratif suisse*.

8 Né à Aarau le 24 janvier 1867, mort à Ascona le 26 octobre 1937, FRITZ FLEINER a fait des études de droit à Zurich, Leipzig, Berlin et Paris. Il a rédigé sa thèse de doctorat en 1890 et sa thèse d'habilitation en 1892, en droit ecclésiastique. Privat-docent, dès 1892, puis professeur extraordinaire de droit public et ecclésiastique à l'Université de Zurich, dès 1895, M. Fleiner a été professeur ordinaire à l'université de Bâle (1897). Ensuite, il a poursuivi sa carrière à Tübingen (1906) et à Heidelberg (1908). Il a enfin été professeur ordinaire de droit public, administratif et ecclésiastique à l'Université de Zurich (de 1915 à 1936).

9 *Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone*, 1898/1900.

10 *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, dont la première édition date de 1934.

périodes de troubles socio-économiques du 19^e siècle, où il s'est agi de mettre en place l'organisation de l'Etat, conforme au principe de la séparation des pouvoirs.

Par conséquent, si l'on devait trouver un point marquant du droit administratif, ce serait plutôt celui de la naissance de l'Etat de droit. Comme celui-ci ne remonte pas à l'Antiquité, un détour par les circonstances qui ont présidé à cette évolution nous paraît nécessaire, afin de disposer de quelques points de repères, avant d'aborder le choix de notre thème, centré sur la préservation des dangers, rôle majeur de l'Etat.

II. A quand remonte le droit administratif en Suisse?

1. Définition

a) Droit administratif et droit civil

La délimitation du droit public d'avec le droit civil n'a pas toujours été évidente. A certaines époques, dans l'ancienne Rome ou au Moyen-Age, cette distinction était pratiquement inconnue¹¹; elle a été adoptée en Suisse dès la création de l'Etat fédératif et ressort en particulier de l'article 64 aCst. (actuel art. 122 Cst.). La portée de cette distinction influe tant sur le droit du contentieux que sur le droit matériel. Aujourd'hui, on dispose d'un certain nombre de critères qui permettent de définir les régimes juridiques applicables aux créances de droit public ou aux contrats de droit administratifs, par opposition aux contrats de droit privé¹². Cependant, dès le 19^e siècle, une grande partie du travail des précurseurs de la science du droit administratif a consisté à rendre autonome le droit administratif par rapport au droit privé.

On pourrait digresser longtemps sur ce qu'est le droit administratif et à quand remonte une définition de celui-ci. Le droit administratif constitue une branche de l'état de droit (*Staatsrecht*) au sens large¹³ et c'est ce fondement qui marque l'étape nouvelle par rapport aux réglementations émanant des pouvoirs publics, à tradition monarchique, qui précèdent. Mais, au surplus, le droit administratif se heurte à un problème de définitions. Il se laisse décrire, mais non définir; il est certes le droit qui dicte les principes d'action de l'administration et règle les relations juridiques entre l'Etat et les citoyens, mais les multiples fonctions de l'appareil exécutif rendent impossible toute formule uniforme¹⁴.

Le produit des activités de l'administration ne se laisse d'ailleurs pas aisément cerner: il oscille en pure exécution de la loi et création du droit laissée par le pouvoir discrétionnaire; il peut impliquer l'élaboration de textes par l'or-

11 ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, I, p. 104.

12 PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, ch. 2.3.2.2.

13 FRITZ FLEINER, *Les principes généraux*, p. 35.

14 ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 36.

gane exécutif (ordonnances, règlements, directives, recommandations). Et, contrairement à l'activité du juge, qui invite à dire le droit, dans un cas donné, celle de l'administration peut consister en un ensemble d'actions, dans un processus continu, lié à des objectifs, qui demandent une succession d'actes juridiques concernant le même objet (par exemple lorsque la pollution de l'air est excessive, l'administration doit d'abord établir un *plan de mesures* au sens de l'article 44a LPE, qui fixe des objectifs en matière de réduction des immissions et dresse un catalogue de mesures, celles-ci pouvant être très variées et impliquer l'œuvre concertée de plusieurs autorités; il faudra ensuite coordonner l'exécution de ce plan, avant de prendre éventuellement des *décisions concrètes* d'assainissement dans les divers domaines où des efforts peuvent être consentis).

D'une manière générale, la norme, en droit administratif, comporte un programme (par exemple lutter contre les atteintes nuisibles ou incommodantes) et invite le législateur, comme l'autorité d'exécution, à trouver les moyens de le réaliser: du point de vue de l'intérêt public, il importe que les prestations soient réalisées, car elles ne sont en principe pas convertibles en argent!¹⁵

Ainsi, une grande partie des normes de droit public doit produire un *résultat en nature* pour être concrétisées (par résultat nous entendons le produit de l'action, soit, dans notre domaine, la lutte contre les nuisances et les risques, la préservation de la nature, etc.); cette étape implique un travail entre la norme et la situation de fait à gérer. L'administration sera ainsi appelée à avoir recours non seulement à des juristes, mais également à des urbanistes, des économistes, des biologistes, des ingénieurs¹⁶, etc. A la lecture de la norme, il n'est pas toujours possible de savoir à quel résultat l'acte d'exécution de la loi peut conduire: cela est particulièrement vrai dans les tâches de planification ou de protection de l'environnement, où l'administration, qui a, par exemple, la charge de veiller à la protection des biotopes dignes de protection¹⁷, doit investiguer et collaborer avec des scientifiques, aux fins de savoir quels sont les biotopes remplissant ces conditions. Le produit du travail de l'administration est ici celui de préciser où se situent les biotopes que la loi tend à protéger et, le cas échéant, quelles mesures devront être prises¹⁸. A l'indétermination du résultat, s'ajoute celle de la signification de la norme, largement indéterminée: le juge, lorsqu'il y est appelé, de cas en cas, contribue à en préciser le sens.

Ainsi que le relève PIERRE MOOR¹⁹, le droit privé, même s'il comporte aussi des notions juridiquement indéterminées (comme la notion d'acte illicite à l'art. 41 CO), et nécessite par conséquent parfois le recours à des experts (que

15 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, ch. I.1.

16 PIERRE MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, p. 77.

17 Art. 18 al. 1 et al. 1ter de loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage (LPN; RS 451).

18 C'est ce que PIERRE MOOR appelle la micropolitique du droit (cf. infra B.I.3).

19 Pour une théorie micropolitique du droit, p. 76 s.

l'on songe au droit médical, à celui du droit de la construction), n'implique pas le même transfert de nature entre la norme et le produit de l'activité liée à cette règle. La norme guide les rapports entre des particuliers sous différents objets (prestation, chose, personne, etc.), dans le but de pouvoir être reproduite à l'infini. Elle est relativement prévisible en ce sens que son résultat peut généralement être déduit, par syllogisme, de la norme; et au final, le plus souvent, ces prestations peuvent se traduire sous la forme de créances, du moins en droit des obligations, sous quelques exceptions²⁰. Surtout, à la différence du droit public, la norme ne comporte pas un programme: elle règle différents droits subjectifs, parfois à caractère impératif, lorsqu'il s'agit de protéger la partie la plus faible (par exemple, l'art. 336 CO), mais le plus souvent de droit dispositif, de telle sorte que les particuliers peuvent s'en écarter ou renoncer à leurs droits. Compte tenu de l'autonomie de la volonté, la norme est à la disposition des particuliers, alors qu'en droit public, l'administration est au service de la norme qui dicte son action.

b) Une codification possible?

Contrairement au droit privé, le droit administratif n'a pas fait l'objet d'une codification générale. Les normes du droit matériel sont dispersées dans la législation spéciale qui s'est considérablement développée après la deuxième guerre mondiale, avec l'Etat social.

A vrai dire, il ne serait pas exclu, aujourd'hui, de procéder à une codification du droit administratif général. La matière acquise pendant ces deux derniers siècles permet de mieux cerner certains principes (proportionnalité, interdiction de l'arbitraire, égalité, bonne foi, prévention, etc.), les instruments juridiques comme la décision, le contrat de droit administratif, le plan, la concession, ou l'ensemble des institutions générales qui gouvernent tout rapport de droit administratif (capacité, prescription, modalités de transfert et d'extinction des droits, exécution forcée, etc.)²¹. Les différents traités consacrés à cette matière montrent que l'on peut l'aborder de manière systématique et qu'il existe un fondement commun, même si le droit administratif se réalise essentiellement dans la législation spéciale.

Cependant, il faut admettre qu'au-delà de quelques règles communes et de la définition de principes – qui ont d'ailleurs pratiquement tous un rang au niveau constitutionnel –, le droit administratif est constitué d'un ensemble de règles

20 PIERRE MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, p. 77, cite le droit de la famille et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant; il relève cependant que dans ce domaine, comme en droit public, le juge (de même que les autorités d'ailleurs) exercent un pouvoir d'instruction et d'intervention d'office. Voir PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, ch. 1.1.

21 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, ch. 1.1, qui, sans exclure une possible codification sur ces points, exposent pour quelle raison elle est difficilement envisageable.

propres à chaque législation spéciale. Même si l'on voulait codifier le droit de l'environnement, en tant que tel, une telle solution ne permettrait que peu de rationaliser la matière, qui nécessite des solutions propres à chaque domaine; alors que le principe d'une compétence générale de la Confédération en matière d'environnement²², de même que celui d'une loi générale avait été envisagé²³, ce projet a été abandonné, tant en raison de la multiplicité des législations spéciales existantes, que pour des questions fédéralistes, afin de ne pas entamer, plus que nécessaire les compétences cantonales. La meilleure preuve de cette difficulté d'embrasser matière de manière unifiée et globale réside dans le fait qu'en date du 21 décembre 1995, le domaine des modifications génétiques et celui des organismes dangereux a été joint à la *loi fédérale* du 7 octobre 1983 *sur la protection de l'environnement (LPE)*²⁴; quelques années plus tard, par souci de cohérence, le régime des modifications génétiques a été supprimé de cette loi, au profit d'une législation spécifique²⁵.

La situation est fort différente dans le domaine des assurances sociales, où il s'agit toujours d'assurer des prestations, dans un certain nombre de situations qui peuvent être définies dans une loi générale; la *loi fédérale* du 6 octobre 2000 *sur la partie générale du droit des assurances sociales* (LPGA; RS 830.1) prévoit ainsi un tronc commun eu égard à certaines notions et institutions, et constitue au surplus essentiellement une loi de procédure.

En droit administratif, les règles de procédure qui figurent dans la *loi fédérale sur la procédure administrative* du 20 décembre 1968²⁶ et la *loi fédérale sur le Tribunal fédéral* du 17 juin 2005²⁷ ont certainement permis d'assurer une partie de cette codification et exercent une incidence sur les procédures cantonales; elles garantissent, déjà, une uniformisation judiciaire sur ces questions.

c) *Le concept de droit administratif*

Selon les conceptions les plus récentes, le droit administratif se caractérise par deux aspects: l'un, de nature organique, qui a trait à la séparation des pouvoirs et implique que l'adoption des lois, leur exécution et la jurisprudence rendue soient le fait d'autorités distinctes²⁸; l'autre relatif à la fonction de l'administra-

22 Message Cst., FF 1970 I 774.

23 Message LPE, FF 1979 III 756, 775.

24 RS 814.01.

25 *Loi fédérale* du 21 mars 2003 *sur l'application du génie génétique au domaine non humain (Loi sur le génie génétique, LGG; RS814.91)*.

26 RS 172.021.

27 RS 173.110.

28 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 2; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, p. 68; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, p. 3.

tion qui vise à atteindre, selon les mesures et formes prévues par la Constitution et la loi, les objectifs fixés.

Plus récent que la plupart des autres disciplines juridiques²⁹, le droit administratif est le fruit d'une longue évolution historique³⁰, qui implique bien plus que la mise en place d'institutions telles qu'on pouvait les connaître à l'époque romaine³¹; pour certains³², le droit administratif est né avec les droits de l'homme et le principe de la réserve de la loi. Il présuppose ainsi l'existence d'un système étatique bien établi et un appareil administratif autonome régi par un droit qui lui est propre³³. L'Etat de droit moderne s'impose à la fois des objectifs et des limites³⁴.

Cela étant, quel est le parcours historique du droit administratif en Suisse? Alors qu'en France, celui-ci est né d'une crise profonde de l'Etat, consacrée par la Révolution de 1789, qui a détruit de fond en comble les institutions politiques de l'Ancien Régime³⁵, cette nouvelle discipline du droit a-t-elle été marquée par des événements précis, en Suisse, ou a-t-elle suivi, comme en Allemagne^{36, 37}, un cours d'évolution beaucoup plus long?

29 En Allemagne, la science du droit administratif est apparue au XIX^e siècle avec l'Etat de droit et les premières tentatives d'élaborer une théorie du droit administratif par Lorenz von Stein, puis Otto Mayer (ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 90 ss.)

30 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 7; FRANÇOIS BURDEAU, p. 19 ss.

31 Ainsi, si l'on peut parler d'un droit public romain (voir notamment PIERRE GASPARD HUBERT WILLEMS, *Le droit public romain* et MARQUARDT BERND *Das römisch-deutsche Reich*), par l'existence de l'ébauche d'une constitution, de droits politiques et d'institutions, on ne se trouve pas encore nécessairement en présence de règles de droit administratives proprement dites.

32 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 19 ss; MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 8 et les références citées.

33 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 7; ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 35 ss.

34 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 8 et les références citées.

35 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 43 ss: A la Révolution, l'édifice administratif de l'Ancien Régime, monarchique, a été remplacé par un Etat fondé sur les droits de l'homme; l'article 4 de cette Déclaration réserve à la loi seule «la détermination des bornes requises par l'existence sociale». Il était interdit à l'exécutif d'émettre un acte normatif qui ne se limite par à l'exécution de la loi. La Constitution de 1791 le rappelle ainsi: «le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution».

36 ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 62 à 68: en Allemagne, l'administration est née lorsque le pouvoir princier (*landesherrliche Gewalt*) a entrepris les fonctions générales de l'Etat et s'est détaché de ses liens avec le fief et les droits seigneuriaux. Les Etats ne perdaient pas tout pouvoir; ils conservaient les droits garantis par la Constitution de l'Empire. L'Etat personnifié par le prince a eu également pour conséquence de modifier la situation juridique de l'individu et ses libertés. Mais, c'est uniquement lors du passage à l'Etat de droit, accompagné de la séparation des pouvoirs, que l'Allemagne, à la suite des Etats-Unis et de la France, a adopté l'idée de droits fondamentaux et la notion de droit public subjectif en tant qu'émanation d'un droit originel à la liberté.

37 FRITZ FLEINER, *Les principes généraux*, p. 13 ss, relève également qu'à l'époque de l'Etat absolutiste, le titulaire de la puissance publique, le Prince, concentre l'ensemble des fonctions de juge et de gouvernement, et c'est au XIX^e siècle, sous l'influence des théories de Montesquieu que les Constitutions ont formellement proclamé le principe de la séparation de la justice et de

2. Les différentes périodes préalables à l'Etat de droit en Suisse

a) La période de l'Ancien Régime (jusqu'à 1798)

Au temps de l'Ancien Régime, le droit administratif est pratiqué de manière «éclatée», au travers des différentes instances cantonales, sans coordination quelconque, et le plus souvent par des structures organisées en collèges d'aristocrates³⁸, du moins dans les villes. Il existe des embryons de bureaucratie et de structures hiérarchiques dans les parties de la Suisse qui dépendent d'un régime princier. Dans les campagnes, les structures en place sont plutôt faibles³⁹.

Si le droit n'est pas encore réellement formalisé, il peut exister des règles relatives à l'économie et au commerce⁴⁰, au travail⁴¹, à la santé publique⁴² ou l'ordre public⁴³, notamment. En suisse-alémanique, un certain nombre de prescriptions, qui peuvent porter tant sur des objets de droit privé que public, prennent souvent le nom de «mandat» (*Zürcher Sittenmandat*), dont les sanctions peuvent consister en une amende ou une courte peine d'emprisonnement. Ces mandats sont caractéristiques du droit de police de l'Etat libéral, au 19^e siècle⁴⁴.

Ces réglementations existent en réalité, depuis une période bien antérieure. Dès le Moyen Age, on connaissait les «lettres de ban», limitant l'exploitation de la forêt, notamment pour maintenir sa fonction protectrice (Forêt à ban), ainsi que des dispositions sur l'usage des forêts relevant des biens communaux. Les villes ont édicté par la suite des mandats contre les défrichements et les délits forestiers, surtout afin de garantir leur approvisionnement en bois de chauffage et en bois d'œuvre, qui devient plus détaillés dès la fin du XVIII^e siècle. De nombreux cantons ont commencé à promulguer des lois sur les forêts dans la première moitié du XIX^e siècle, permettant ainsi le passage à une économie forestière réglementée⁴⁵.

l'administration, phase la plus aboutie de la séparation des pouvoirs. Le droit de l'Empire l'a consacré dans la loi sur 27 janvier 1877 sur l'organisation judiciaire: «Le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux indépendants, qui ne sont soumis qu'à la loi».

38 La fonction pouvait avoir un caractère honorifique.

39 BENJAMIN SCHINDLER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, § 49, N° 1.

40 ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, p. 119; RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, p. 100, cite des dispositions en matière de commerce (par ex. prix imposé pour des produits agricoles, interdiction de travail et de faire concurrence pour des étrangers, etc.)

41 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, p. 100, cite des dispositions qui ont pour objet de préserver les jeunes enfants du travail.

42 Ces règles sont plus tardives (17 et 18^e s.) et peuvent viser la lutte contre l'alcoolisme, les jeux d'argent (RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, p. 100).

43 Avec des prescriptions souvent calquées sur les celles religieuses invitant au repos dominical, par exemple.

44 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, p. 99 ss.

45 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, p. 91 ss; PETER WITSCHI, Zürcherische Forstpolitik und Landesverwaltung im Ancien Régime, p. 1 ss.

b) *La République Helvétique (1798–1803) et l’acte de Médiation (1803)*

Depuis l’occupation par Napoléon du territoire de la Confédération Suisse, celle-ci est désormais sous domination française et son système politique transformé et calqué sur le modèle français. La Confédération helvétique devient la République helvétique, avec un gouvernement centralisé et une Constitution semblable à celle de la France de 1795, avec un certain nombre de dispositions nouvelles⁴⁶. Cette période marque le début de la séparation des pouvoirs, avec une démocratie représentative⁴⁷. Après la fin de la République helvétique, la nouvelle constitution qui émane de la période de la médiation en 1803 a réhabilité les structures administratives de l’Ancien Régime, notamment celles liées au fédéralisme⁴⁸, seul un petit pouvoir exécutif subsistant en mains de la Confédération⁴⁹. Un clivage peut être constaté entre les cantons urbains par rapport aux cantons ruraux et les nouveaux cantons, qui généralement adoptent les structures des cantons de villes; la séparation des pouvoirs est organisée entre un grand et un petit conseil, et, à côté, le pouvoir judiciaire, qui peut impliquer, outre un tribunal de première instance (*Bezirksgericht*) et un Tribunal d’appel, un Tribunal administratif! C’est le cas notamment dans le Canton de Vaud!

Cette période de la restauration marque également le début d’un intérêt pour la science administrative: les milieux libéraux, qui aspirent à une concrétisation maximale des libertés individuelles s’intéressent à une approche systémique du droit de l’Etat d’intervenir⁵⁰. Il s’agit de fixer des principes d’administration. En France, le débat est animé; on examine en quoi ce que l’on commence à appeler «droit administratif» est autonome du droit commun. La relation avec le droit civil est jugée forte; pour beaucoup d’auteurs, le droit administratif n’a d’existence que lorsqu’il est confronté à des intérêts privés, de telle sorte qu’il peut être rattaché au droit civil, dont il fixe certaines limitations⁵¹.

c) *La naissance de l’Etat libéral (dès 1820)*

Différents mouvements sympathisants des idées de la révolution française voient le jour dès la fin de la politique napoléonienne, qui ont pour souci d’asseoir la séparation des pouvoirs dans la Constitution, avec une distinction toujours plus grande des pouvoirs entre le grand et le petit conseil du parlement, et le gouvernement⁵². Le nombre des libertés reconnues dans la Constitution est étendu. Si les juridictions civiles en deux instances sont maintenues, et que

46 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 158 s.

47 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 50.

48 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 164; BENJAMIN SCHINDLER, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz*, § 49, N° 2.

49 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 163.

50 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 118 ss. MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 42.

51 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 122.

52 BENJAMIN SCHINDLER, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz*, § 49, N° 2.

quelques cantons connaissent des tribunaux du commerce (Berne et Zurich), en revanche, les tribunaux administratifs nés au temps de la médiation disparaissent⁵³. Dès 1830, des administrations autonomes voient le jour⁵⁴ et l'Etat fédéral se renforce au gré de divers projets de constitution fédérale⁵⁵.

d) La naissance de l'Etat fédéral (1848)

En 1848 a été adoptée la première Constitution fédérale, qui fixe les fondements principaux de l'organisation de l'administration, encore valables aujourd'hui, tels que le nombre de Conseillers fédéraux, qui sont chacun à la tête d'un département fédéral, et la démocratie représentative. Le Tribunal fédéral a été créé à cette occasion; il n'y toutefois reçu que des compétences ponctuelles civiles et pénales; les compétences en matière de juridiction constitutionnelle sont restées au Parlement⁵⁶. La Constitution de 1848 ne contient aucune norme en matière d'environnement.

e) Les révisions de la Constitution en 1874 et 1999

La révision de la Constitution du 29 mai 1874, initiée notamment par la Société suisse des juristes, a renforcé les compétences du pouvoir fédéral. L'administration est désormais formalisée dans un pouvoir hiérarchique; dès le départ, ces offices sont complétés d'un nombre important de commissions décisionnelles et consultatives⁵⁷, ce qui confirme le caractère spécialisé du droit administratif, dans certains domaines.

La Confédération a alors reçu un certain nombre de compétences en matière de protection de l'environnement, à l'image de celle relative à la protection de la nature, de la forêt, de la faune ou de la chasse⁵⁸.

La législation sur la protection des forêts est symptomatique de l'évolution du droit de l'environnement au cours de ce dernier siècle, par le transfert des compétences cantonales en mains fédérale, d'une part, et par la prise en compte progressive d'autres préoccupations que celles relevant strictement du droit de la police, par la préservation des dangers.

53 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 172.

54 ALFRED KÖLZ, *Verfassungsgeschichte*, p. 41 ss.

55 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 172.

56 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 178.

57 KARL ARNOLD, *Verwaltungs-und Regierungstätigkeit durch eidgenössische Kommissionen*, p. 1 ss.

58 L'art. 24 al. 1 aCst. accorde à la Confédération le droit de haute surveillance sur la police des endiguements et des forêts; l'art. 24^{bis} aCst. précise que l'utilisation des forces hydrauliques est placée sous la haute surveillance de la Confédération et l'art. 25 aCst. donne à la Confédération la compétence de prendre des dispositions législatives pour régler l'exercice de la pêche et de la chasse, principalement en vue de la conservation du gros gibier dans les montagnes, ainsi que pour protéger les oiseaux utiles à l'agriculture et à la sylviculture.

Initialement, dans la première loi fédérale sur la police des forêts de haute montagne de 1876, il s'agit de limiter la déforestation et de parer aux risques d'inondations. En 1897, la suppression, dans l'article 24 aCst., de la restriction aux forêts des «régions élevées» a étendu la validité des prescriptions fédérales à l'ensemble du territoire suisse, ce qui a donné lieu à la rédaction d'une nouvelle loi sur les forêts, entrée en vigueur en 1902 et qui a posé un principe important en matière de durabilité, par le maintien de l'aire forestière. Peu à peu, les objectifs de protection se sont élargis pour tenir compte de l'ensemble des aspects environnementaux (aménagement du territoire, protection de la nature et du paysage) liés à la forêt, qui remplit désormais une fonction protectrice, sociale et économique (art. 1 de la Loi fédérale de 1991 sur les forêts); la forêt est notamment considérée comme un milieu biotique, en sus de sa fonction de prévention des dangers naturels et de ressource sociale (pour la détente) ou économique (produit de rendement).

Depuis sa révision totale en 1874, la Constitution a fait l'objet d'environ 140 révisions partielles. En 1999, elle a été revue entièrement, principalement sous la forme d'une mise à jour, avec quelques réformes de droit matériel⁵⁹. Dans le domaine du droit de l'environnement, l'article 24 septies aCst., adopté en 1971, qui mettait en priorité la lutte contre le bruit et la pollution de l'air, a été adapté pour tenir compte de l'objectif général de veiller à prévenir l'ensemble des atteintes. Les principes de prévention et du pollueur-payeur sont par ailleurs exprimés⁶⁰ (art. 74 Cst.). Enfin, le principe du développement durable, qui veille à un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain a été exprimé (art. 73 Cst.).

3. *La séparation des pouvoirs*

ERWIN RUCK⁶¹ relève que jusqu'à la fin du 18^e siècle, et dans une certaine mesure jusqu'au milieu du 19^e siècle, il n'existait aucune distinction, en Suisse, quant aux différents pouvoirs constituant l'Etat, qui formaient une unité. La séparation des pouvoirs, née des idées de MONTESQUIEU (de l'Esprit des lois, en 1748), a plus particulièrement été véhiculée en Suisse par JEAN-JACQUES ROUSSEAU (Le contrat social, en 1762); l'idée notamment de soumettre à la «volonté générale» du peuple, souverain, l'organe judiciaire et l'administration, qui n'exerce qu'un rôle d'exécution, a été très forte et l'a emporté sur la vision de MONTESQUIEU⁶², plus indépendante des différents pouvoirs entre eux.

MARKUS MÜLLER⁶³, évoque le choix d'un Etat populaire contre un Etat bureaucratique; cette construction était la résultante d'une certaine méfiance en-

59 Message du Conseil fédéral relatif à la constitution de 1999, FF 1996 I 29 ss.

60 Message du Conseil fédéral relatif à la constitution de 1999, FF 1996 I 251.

61 Schweizerisches Verwaltungsrecht, p. 10.

62 MARKUS MÜLLER, Droit administratif, p. 72 et les références citées en note 279.

63 P. 73.

vers l'administration et contrairement à l'Allemagne, qui a très tôt professionnalisé l'administration, on a préféré, en Suisse, cultiver l'idée selon laquelle l'administration n'est pas un contrepouvoir; elle doit rester proche du peuple auquel elle est subordonnée, puisque les principaux postes étaient soumis au vote populaire⁶⁴. La démocratie semi-directe que nous connaissons⁶⁵, est étroitement liée à ce besoin de contrôle⁶⁶.

4. *L'indépendance de la juridiction administrative*

Séparer la justice de l'administration, s'agissant des litiges entre un administré et l'Etat, constitue probablement la phase la plus aboutie de la séparation des pouvoirs et couronne l'édifice de l'Etat de droit.

a) *En France*

En France, par réaction aux mouvements tendant à soumettre l'administration à la justice ordinaire⁶⁷, on est fidèle au modèle de l'administration-juge⁶⁸ (*Administrativjustizmodell*), par la création, en 1791, de collèges, composés de membres de l'administration elle-même, qui, à côté du gouvernement, se verront confier le contentieux administratif⁶⁹. Le principe de la séparation des pouvoirs, qui implique un pouvoir exécutif distinct de l'organe judiciaire n'est reconnu que pour les crimes et les différends entre les particuliers⁷⁰; par ailleurs, à l'époque de la proclamation des droits de l'homme, ceux-ci ne sont pas encore reconnus comme droits subjectifs, mais uniquement comme droit objectif à respecter par l'Etat⁷¹.

En 1799, avec Napoléon, on évoluera vers un organe consultatif, concrétisé au niveau national par le Conseil d'Etat. Il s'agit d'un collège de hauts fonctionnaires versés dans la science du droit, dont le rôle est essentiellement celui de conseiller le gouvernement⁷². Peu à peu, le Conseil d'Etat, exercera de vraies fonctions juridictionnelles, qui pourront se confondre parfois avec le pouvoir hiérarchique de l'autorité supérieure; ainsi, le Conseil d'Etat donne des injonctions aux ministres⁷³. On admet néanmoins que l'institution a permis un vrai dé-

64 MARKUS MÜLLER, Droit administratif, p. 74.

65 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, p. 171 s.

66 MARKUS MÜLLER, Droit administratif, p. 72 s.

67 RENÉ CHAPUS, Droit du contentieux administratif, N° 30: sous l'Ancien-Régime déjà, la monarchie était souvent entrée en conflit avec les parlements, soit la juridiction civile, pour affirmer leur incompétence en matière administrative.

68 THIBAUT BLANCHARD, Le partage du contentieux administratif, p. 24.

69 Voir FRANÇOIS BURDEAU, Histoire du droit administratif, p. 33 ss, sp. 43 s, 66 ss; RENÉ CHAPUS, Droit du contentieux administratif, N° 30.

70 RENÉ CHAPUS, Droit du contentieux administratif, N° 30.

71 ANDREAS KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz, p. 24 et les références citées.

72 FRANÇOIS BURDEAU, Histoire du droit administratif, p. 68 s.

73 FRANÇOIS BURDEAU, Histoire du droit administratif, p. 83.

veloppement de la jurisprudence administrative, au sein d'un corps de fonctionnaires spécialisés⁷⁴.

Avec un tel système, l'administration est son propre censeur et cette formule pose le problème de l'indépendance juridique de l'institution. Cette théorie du ministre-juge – avec des périodes d'affaiblissement –, a duré jusqu'à la loi du 24 mai 1872, lorsque le Conseil d'Etat français a reçu la compétence de se prononcer en dernière instance dans les litiges entre administration et administrés, cela de manière indépendante; il n'était alors plus l'auxiliaire du chef de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique, mais se voyait déléguer la justice administrative⁷⁵.

L'institution du Conseil d'Etat a d'emblée permis le développement d'un droit prétorien qui a pris une place déterminante dans l'élaboration de la science du droit administratif en France. Nombre d'arrêts rendus par le Conseil d'Etat fixent des principes décisifs sur des thèmes tels que le droit applicable à l'action administrative (arrêt *Blanco* du 8 février 1873, qui a soustrait au droit privé le droit au dédommagement, pour le placer sous l'empire du droit public lorsque la responsabilité de l'Etat est en jeu), les sources du droit administratif, les formes de l'action administrative (la police administrative, le service public), le contentieux judiciaire et la responsabilité de l'Etat⁷⁶.

b) En Allemagne

La notion d'Etat de droit (*Rechtsstaat*) trouve ses origines en Allemagne. Elle émane des philosophes EMMANUEL KANT (1724–1804), WILHELM VON HUMBOLT (1767–1835), JOHANN GOTTLIEB FICHTE (1762–1814) ou ROBERT VON MOHL (1799–1875)⁷⁷. Ce sont ensuite RUDOLF GNEIST (1816–1895) et OTTO BÄHR (1817–1895) qui ont posé les bases du principe de la légalité en droit public et de son contrôle. Ainsi, alors qu'en France ou en Angleterre, le contrôle administratif avait déjà commencé à être organisé, ce n'est qu'au début du XIX^e siècle qu'il l'a été en Allemagne, sous la houlette de BÄHR, qui attache une importance primordiale à la séparation de l'administration et de la justice; il s'agit de l'aboutissement de l'orientation choisie vers l'Etat de droit⁷⁸.

En Allemagne, on s'est ainsi orienté vers le modèle de la juridiction indépendante de l'Etat, mais qui se confond avec la juridiction ordinaire, dans un premier temps (*Justizstaatsmodell*). Ce sont ainsi les Tribunaux civils et pénaux qui statuent sur les litiges entre un citoyen et l'Etat⁷⁹; on considérerait en effet que

74 MARKUS MÜLLER, Droit administratif, p. 38 et les références citées en p. 40, notes 138 et 139.

75 FRANÇOIS BURDEAU, Histoire du droit administratif, p. 200 s.

76 JEAN-FRANÇOIS LACHAUME/HÉLÈNE PAULIAT, Droit administratif, Les grandes décisions de jurisprudence.

77 FERNANDO GARZONI, Rechtsstaatsidee, p. 74 ss.

78 ANDREAS KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz, p. 23.

79 BENJAMIN SCHINDLER, Das Verwaltungsgericht, p. 36.

les Tribunaux ordinaires étaient mieux à même de défendre les atteintes aux droits acquis des citoyens en matière de propriété privée ou de liberté économique⁸⁰. En toile de fond, subsiste par ailleurs une méfiance envers l'administration, notamment l'Etat de police du 18^e et début du 19^e siècle⁸¹. La *théorie du fisc*⁸², soutenue par les milieux libéraux, est en grande partie à l'origine de cette situation.

Au XIX^e siècle, alors que les juridictions administratives étaient peu répandues, les garanties offertes aux administrés par les procédures de droit administratif étaient faibles, alors que celles offertes par les tribunaux civils, riches d'une longue tradition, paraissaient plus sûres et plus neutres⁸³; si ces prétentions avaient relevé du droit public, dont ne connaissaient pas les tribunaux civils, elles auraient dû être adressées, en l'absence d'un tribunal administratif compétent, à l'administration elle-même, qui aurait alors été juge et partie. C'est la raison pour laquelle, on a admis que les réclamations pécuniaires contre l'Etat devaient relever de la juridiction civile⁸⁴.

Ce n'est que dans la deuxième moitié du 19^e siècle que de véritables juridictions administratives (*Verwaltungsgerichtsmodell*) ont vu le jour, les premiers dans le pays de Bade (1863), puis dans l'Etat de Prusse (1872 et 1875)⁸⁵. Il en résulte que le droit allemand a conservé beaucoup de conceptions et d'institutions propres au droit civil datant de l'Etat princier (*landesherrliche Hoheitsrechte*) et de l'Etat despotique (*Polizeistaat*)⁸⁶. C'est ainsi qu'OTTO MAYER s'est appliqué à élaborer une théorie du droit administratif en s'appuyant sur les notions et la structure du droit civil⁸⁷.

80 OTTO BÄHR, *Rechtsstaat*, p. 58 s.

81 SIBYLLE HOFER, *Der lange Weg*, p. 5.

82 Le concept partait du principe que le patrimoine public n'appartient pas au principe ni à l'Etat souverain, mais à une personne soumise au droit patrimonial, le *fisc*. Ce dernier était soumis au droit privé. Ainsi, c'est la théorie du *fisc* qui a donné aux sujets la possibilité d'accéder à des tribunaux indépendants; par ce biais, les administrés pouvaient se faire indemniser en cas d'atteinte à leurs droits acquis, de telle sorte que cette institution a joué le rôle de gardien des droits individuels (FRITZ FLEINER, *les principes généraux*, p. 28).

On notera que l'institution du fisc a évolué en Allemagne, et que, passée la période de l'Absolutisme, où elle était considérée comme une personne indépendante de l'Etat, puis comme Etat détenteur d'un patrimoine, au XIX^e siècle, le fisc a désigné plus tard une collectivité publique qui agit selon le droit privé, sans être assujettie aux normes constitutionnelles (ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, I, p. 109).

83 PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, ch. 2.3.2.2.

84 ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, I, p. 109.

85 MARTIN SELLMANN, *Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, p. 84; SIBYLLE HOFER, *Der lange Weg*, p. 6.

86 ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 106.

87 Dans le deuxième tome de son ouvrage «*Deutsches Verwaltungsrecht*» (1895–1896), il approche le droit administratif comme le droit civil par ses subdivisions: droit public des biens, droit des obligations, droit des personnes; par ailleurs, il oppose aux notions du droit civil, celles correspondantes du droit public, à savoir, la propriété publique, le droit public subjectif, la servitude de droit public, les limites du droit de propriété en droit public, l'entreprise publique (ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 106).

c) *En Suisse*

ERWIN RUCK mentionne que l'on a d'emblée été conscient de l'importance à accorder à une juridiction (*Rechtsprechung*) indépendante de l'administration⁸⁸. Il s'agissait même de l'une des premières préoccupations du programme des radicaux-libéraux⁸⁹, mais pas nécessairement pour régler l'ensemble du contentieux administratif. Comme en Allemagne, la *théorie du fisc* a contribué à la fusion des juridictions ordinaires et administratives, mais a perdu peu à peu de sa raison d'être, sauf dans certains Cantons, qui distinguent le contentieux objectif et subjectif.

Une juridiction administrative, séparée de l'administration et de la justice civile, a ainsi mis du temps avant de se développer, à tel point que FRITZ FLEINER a considéré que la Suisse n'était pas un Etat de droit⁹⁰! Si l'on devait adopter le critère de la juridiction administrative indépendante comme point de départ du droit administratif, cette science serait bien jeune, à tout le moins dans certains Cantons! Les avis étaient partagés concernant la nécessité de recourir à un juge indépendant pour le contentieux administratif; pour WALTHER BURKHARDT⁹¹, le choix de recourir à un administrateur-juge est opportun et répond à des motifs objectifs. Une juridiction indépendante ne peut se justifier au regard des principes de l'Etat de droit, mais uniquement au regard de motifs politiques. Il est selon lui quelque peu illogique d'en appeler au juge, dès lors qu'il ne peut exister de litige entre un citoyen et l'administration au sens où on l'entend pour les causes civiles.

De fait, c'est bien plutôt le modèle de l'administration-juge que l'on connaît dans la période de l'Ancien Régime, jusqu'en 1798; après quelques tentatives d'introduire des juridictions administratives à l'époque de la Médiation, celles-ci ont été abandonnées avec le libéralisme⁹², pour revenir après au système de l'administrateur-juge dans lequel le justiciable saisit l'autorité supérieure, en dernière instance le gouvernement (recours administratif). Certaines compétences sont restées en mains du juge civil (notamment en matière de responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires). Ce n'est que peu à peu que le système a été remplacé au XX^e siècle par celui du recours au juge (recours de droit administratif).

Sur le plan fédéral, il faut relever la tardiveté d'une véritable juridiction administrative. En effet, le Tribunal fédéral a commencé son activité en 1875, après son institutionnalisation par la Constitution fédérale de 1874. Cependant, il n'était essentiellement compétent, au début, que pour trancher les litiges de droit privé et ceux des citoyens en violation de leurs droits constitutionnels

88 Schweizerisches Verwaltungsrecht, p. 10.

89 ANDREAS KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz, p. 26.

90 Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 223.

91 Verwaltungsgerichtsbarkeit, p. 240 s., 256 s.

92 RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, N° 264, p. 172; BENJAMIN SCHINDLER, Das Verwaltungsgericht, p. 36.

(violation de l'art. 113 al. 1 ch. 3 aCst.). Conformément au système de l'administrateur-juge, le Conseil fédéral s'est vu confier par la Constitution de 1874 une compétence décisionnelle générale (Art. 102 I aCst.).

La Constitution fédérale a été modifiée en 1914, dans la perspective de décharger le Conseil fédéral et de renforcer la protection des justiciables. La juridiction fédérale administrative a été instituée à cette époque, par la création d'une Cour administrative fédérale (art. 114^{bis} a Cst.); mais il a été nécessaire d'attendre 1928 pour que le Tribunal fédéral reçoive quelques attributions en la matière, au travers de la *loi fédérale sur la juridiction administrative et disciplinaire*, intégrée par la suite en 1943 dans la *loi d'organisation judiciaire*⁹³.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral n'a reçu que quelques compétences, selon le système de la clause énumérative. Dès 1945, de nombreuses voix se sont élevées pour demander l'extension des compétences du Tribunal fédéral. Au terme de délibérations ardues⁹⁴, en 1965, un projet de loi a été déposé et les Chambres l'ont adopté le 20 décembre 1968, en même temps que la loi sur la procédure administrative (PA)⁹⁵, qui règle la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours (art. 1).

C'est donc en 1968 que l'on peut parler de codification du recours en matière administrative, qu'il soit déposé devant le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral, avec une juridiction administrative fédérale à compétence générale⁹⁶. C'est la raison pour laquelle ce n'est que dans le milieu des années 1970 que la juridiction administrative s'est véritablement développée, avec des compétences distinctes de celles qui relevaient précédemment du recours de droit public. La juridiction administrative était en outre assurée, pour certains domaines, par des commissions de recours dotées de compétences spécialisées, jusqu'à une période récente; elles ont désormais disparu au profit du Tribunal administratif fédéral⁹⁷.

Dans le système en vigueur depuis 1968, le contentieux administratif devant le Tribunal fédéral distinguait la voie du recours de droit public de celle du recours de droit administratif. L'adoption de la *loi sur le Tribunal fédéral*, du 15 juin 2005⁹⁸, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui modifie considérablement le régime précédant, notamment en réunissant en une seule voie de droit, les possibilités de soumettre au Tribunal fédéral les décisions prises en application du droit cantonal ou du droit fédéral.

Le rôle exercé par le recours de droit public, qui permettait de porter devant le Tribunal fédéral les actes cantonaux pour violation de leurs «droits constitu-

93 aRS 3, 521.

94 Voir le message du Conseil fédéral, FF 1965 II 1333.

95 RS 172.021.

96 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, II, p. 636.

97 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, II, p. 637.

98 RS 173.110.

tionnels» a eu pour effet de créer une constitutionnalisation du droit administratif, et par là-même une unification de cette matière, en instituant des règles ou principes qui n'étaient pas seulement liés au droit cantonal, et pas non plus, à proprement parler du droit fédéral. De multiples solutions de droit prétorien sont nées de cette jurisprudence, notamment celle des taxes parafiscales et celle de l'expropriation matérielle (avant que cette institution ne soit consacrée dans la loi sur l'aménagement du territoire) ou la reconnaissance de la garantie de la propriété en 1959, qui a trouvé son ancrage constitutionnel en 1969 à l'article 22ter alinéa 3 a Cst.⁹⁹

L'évolution n'a pas été plus rapide dans les cantons. Avant 1945, un seul canton, Bâle-Ville, disposait d'un régime de juridiction administrative avec des compétences étendues (dès 1905). Le Valais, dans des matières à vrai dire extrêmement restreintes, avait institué aussi une juridiction spécialement compétente (en 1877); de même Berne, avec des attributions plus larges (en 1909), en tant que première juridiction indépendante et entièrement séparée de la justice ordinaire¹⁰⁰. Dans les autres cantons, il existait pour certaines matières (droit fiscal, constructions notamment) des commissions de recours indépendantes et des attributions délimitées (droit fiscal; responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires) étaient confiées à un juge. C'est uniquement à partir de 1959 (Zurich et Bâle-Campagne) qu'ils créèrent tous, avec des modalités organiques variées, un régime de juridiction administrative au plein sens du terme; l'évolution s'est achevée dans les années 1990.

Le Canton de Vaud, influencé par la conception française séparant l'organisation de la justice civile de celle de la justice administrative, comme d'autres cantons, a connu dès 1803, au moment de la Médiation, un tribunal du contentieux de l'administration, qui a cependant dû céder le pas en 1831 au profit d'une Cour d'appel civile¹⁰¹; mais le pas était fait! Car la mise en œuvre de cette solution n'a pas concordé avec l'objectif initial, et les tribunaux ordinaires ne sont saisis essentiellement des litiges d'ordre pécuniaires; cette différence entre le *contentieux subjectif* (lorsqu'on invite le juge à affirmer l'existence d'un droit subjectif, sous la forme d'une prétention pécuniaire de l'administré, après avoir examiné la légalité de l'acte administratif), qui relève de la juridiction civile, et le *contentieux objectif* (lorsqu'on demande au juge d'examiner la légalité d'un acte administratif indépendamment des droits qui peuvent être en cause et de réformer ou d'annuler cet acte, au besoin)¹⁰², qui relève de la juridiction administrative, subsiste encore aujourd'hui. Le souci d'assurer le maximum des garanties à l'administré tout en préserver la liberté d'action de l'administration,

99 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, II, p. 699.

100 BENJAMIN SCHINDLER, Das Verwaltungsgericht, p. 37.

101 ERIC BRANDT, La juridiction administrative dans le Canton de Vaud, p. 337 ss, sp. 338 à 339.

102 ERIC BRANDT, La juridiction administrative dans le Canton de Vaud, p. 341; HENRI ZWAHLEN, Le jugement des contestations administratives dans le Canton de Vaud, p. 45 s.

auquel s'ajoutait la préoccupation de permettre le développement de principes autonomes en droit public, a peu à peu conduit à l'institutionnalisation d'une juridiction administrative. Cependant, il a fallu attendre 1991 pour voir la création d'un Tribunal administratif cantonal, indépendant de l'administration. Désormais, la juridiction administrative vaudoise fait partie du Tribunal cantonal, dont elle constitue l'une des Cours (Cour de droit administratif et public)¹⁰³; la distinction entre le *contentieux subjectif* et *objectif* est toutefois maintenue, la Cour de droit administratif et public n'étant compétente que pour trancher des recours contre les décisions rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître¹⁰⁴.

5. *L'autonomie du droit administratif, en tant que science du droit*

En France, au cours du XIX^e siècle, le droit administratif français est devenu une discipline ayant ses propres notions et sa propre logique, pleinement indépendante des théories du droit civil¹⁰⁵. C'est essentiellement l'œuvre du Conseil d'Etat qui a permis cela, mais il faut dire que déjà au XVII^e siècle, la puissance de l'Etat avait conduit au développement d'une pratique. Dès 1808, et sur une période de 25 ans, CHARLES-JEAN BONNIN, considéré comme le précurseur de la science du droit administratif, publie un code de l'administration sous le titre suivant: *Principes de l'administration publique*. Le droit administratif n'existait pas encore; il s'agissait alors de déterminer dans un projet de code, les bons principes du droit administratif, mais sans oublier qu'il s'agit d'une science soumise à l'expérience, car elle n'a pas pour objectif de rechercher la vérité abstraite, mais d'atteindre l'efficacité.

Les débuts du système et du droit administratif suisse ont été marqués par l'influence de Napoléon 1^{er}, qui, avec la République Helvétique, a insufflé les premiers éléments de «normes administratives». A la fin du règne de l'empereur, la Suisse a peu à peu passé sous l'influence de la doctrine allemande¹⁰⁶.

Ainsi, durant de nombreuses années, les membres de l'ancienne Cour de droit public et de droit administratif du Tribunal fédéral se sont inspirés des principes généraux du droit administratif allemand, tels que FRITZ FLEINER les avait dégagés. On s'est également volontiers référé à d'autres auteurs tels que WALTER JELLINEK et HANS PETERS, puis, après la seconde guerre mondiale, à ERNST FORSTHOFF, essentiellement. Le droit français a en revanche été ignoré du Tribunal fédéral. ANDRÉ GRISEL relève cependant que peu à

103 Art. 27 du Règlement organique du Tribunal cantonal (ROTC; RSV 173.31.1)

104 Art. 92 de la loi sur la procédure administrative (LPA, RSV 173.36) auquel renvoie l'art. 27 ROTC.

105 ERNST FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, p. 106.

106 MARKUS MÜLLER, *Droit administratif*, p. 78.

peu, l'habitude de se référer au droit étranger s'est perdue et que le droit administratif suisse est devenu autonome¹⁰⁷.

III. Le choix du thème

Cela étant, nous avons choisi de nous orienter, en fin de compte, vers une thématique relevant essentiellement du droit matériel, pour brosser l'histoire du droit administratif, au cours de ce dernier siècle. Si l'on prend comme point de départ celui de la fin du 19^e/début du 20^e siècle, la préservation des dangers ou des risques est au cœur des préoccupations de l'Etat libéral. Mais il s'agissait initialement d'agir dans un spectre d'action limité, et avant tout de régler les rapports entre les citoyens, afin de ménager «l'ordre et la sécurité publics»; la prévention des dangers a pris une acuité particulière au fil des années, compte tenu de l'évolution technologique et des phénomènes naturels toujours plus présents dans notre quotidien¹⁰⁸ (installations à risques, modification et appauvrissement du milieu naturel et des ressources, dangers liés aux perturbations climatiques, etc.); ceux-ci peuvent menacer de dommages non seulement la population, mais son environnement.

On dit d'ailleurs que le XX^e siècle est marqué par le risque¹⁰⁹. D'une société industrielle, dans laquelle le problème central est la répartition des richesses¹¹⁰, nous serions passés à une civilisation axée sur la répartition des risques. Celui-ci est un élément constitutif de la société. Il est d'une nature nouvelle et entraîne une redéfinition de la dynamique sociale et politique. Les risques écologiques constituent une menace parmi d'autres; ils ont émergé des nouvelles technologies et de l'urbanisation. Leur différence essentielle par rapport aux risques sociaux est qu'ils menacent les équilibres non plus entre les individus entre eux, mais entre les sociétés et leur environnement. Les dommages qui peuvent s'en suivre sont de plus en plus conséquents et pour partie non évaluables en tant qu'ils concernent l'atteinte aux ressources telles que l'air, l'eau, le sol, la flore, la faune, la biodiversité.

107 Traité de droit administratif, I, p. 7 s.

108 L'ampleur des dégâts dus à des catastrophes naturelles augmente continuellement. Les causes en sont multiples: augmentation et concentration des valeurs, sensibilité des infrastructures, prétention à la mobilité et à la communication, incertitudes accrues face aux changements climatiques, etc. La sécurité est l'un des besoins essentiels de l'homme et l'une des conditions de base pour une société prospère. La protection contre les dangers naturels en fait partie. Il s'agit de réduire les risques, d'empêcher si possible de nouveaux sinistres et de mettre en route un large dialogue inhérent à la prise de conscience du risque dans la société (<http://www.planat.ch/fr/specialistes/strategie-dangers-naturels>).

109 BECK, Risiko Gesellschaft.

110 Voir AUBERT, Traité de droit constitutionnel, p. 61 s et 85: La grande affaire du libéralisme, dès la Constitution de 1874, a été celle de la redistribution des richesses (impôts, subventions, contrôles et péréquations, de même que création d'un régime d'assurances sociales).

Pour le juriste, notre thème le confronte à deux questions fondamentales consistant à savoir comment réguler et qui doit supporter le risque. Cette problématique n'est, en soi, par propre au droit public. Elle est d'ailleurs si ancienne qu'elle constitue le fondement du droit de la responsabilité civile, qui a intégré peu à peu des règles de prudence et d'indemnisation. On constate cependant une tendance, commune à l'ensemble des pays environnant, d'attribuer toujours plus de tâches à l'Etat en matière de prévention des dangers¹¹¹. Le droit public occupe donc une part toujours plus importante sur ce terrain, vraisemblablement en raison des mécanismes de contrôle et d'anticipation des risques, peu présents en droit privé.

Plus le risque dépasse l'espace sur lequel le détenteur d'une installation exerce sa maîtrise, plus il est cohérent de faire intervenir l'arbitrage de l'Etat, en vue de préserver les tiers touchés et l'environnement: il s'agit tout d'abord de réglementer les obligations d'anticipation des risques, notamment au regard des principes nouveaux de prévention et de précaution, et les moyens à mettre à disposition (par exemple, quels sont les objectifs à atteindre en matière de prévention des crues et les mesures à mettre en oeuvre); dans ce contexte, il s'agira aussi de préciser si la société admet qu'un risque est acceptable ou non et qui pourra en décider (le Parlement, le gouvernement – par des ordonnances ou directives –, l'autorité d'exécution)?

Enfin, le droit doit également contribuer à répondre à la question de savoir qui, dans la société, va devoir parer aux risques et en réparer ses éventuelles conséquences. On approche ici le problème de l'imputabilité du risque, de la responsabilité et celui de son éventuelle mutualisation.

Au travers de ce parcours historique, notre objectif a été celui de se demander dans quelle mesure les fondements et institutions du droit de police sont encore présents, dans nos processus de gestion des risques, aujourd'hui, et en quoi, le droit en la matière a ou doit encore évoluer. Il nous paraît également que cette rétrospective nous donne l'occasion de brosser non seulement l'évolution du droit matériel, mais celle également de l'ensemble de l'activité administrative, dans le reflet de ses institutions et ses procédures.

L'accent porté ces dernières années sur la gestion des atteintes environnementales nous paraît représentatif du cheminement suivi par le droit administratif au cours de ce dernier siècle:

- il s'agit d'une tâche qui s'inscrit au cœur de l'ensemble des activités de l'Etat, par sa transversalité, mais aussi eu égard à la reconnaissance de la nécessité de gérer l'ensemble des autres volets économique et social, dans la durabilité (art. 2 et 73 Cst.); le droit de l'environnement illustre ainsi la mise en œuvre intégrée d'une politique publique au sein des autres tâches de l'Etat, et cet exercice fait incontestablement perdre au droit de police initial, son caractère ponctuel, sectoriel et relativement syllogistique;

111 JEAN-BERNARD AUBY, L'évolution du traitement des risques, p. 170 ss.

- il suffit de se référer aux règles de police des constructions, qui avaient surtout pour objectif de ménager la sécurité routière (par des prescriptions sur la hauteur des haies et mur en bordure de la voie publique, par exemple) ou protéger des risques d'incendie (par des prescriptions sur les distances à laisser libres entre bâtiments), pour se rendre compte qu'aujourd'hui, l'implantation d'un bâtiment ou d'une installation dans l'espace nécessite la confrontation à de multiples règles qui peuvent inviter à une *pesée des intérêts*; tel est le cas, dans le domaine de la protection contre les accidents majeurs (au sens de l'art. 10 de l'*ordonnance* du 27 février 1991 *sur la protection contre les accidents majeurs* (OPAM¹¹²), où il arrive que certaines installations ne respectent pas la distance nécessaire pour éviter tout risque à la population d'explosion ou d'incendie (par exemple, à proximité des voies ferroviaires servant au transport de marchandises dangereuses); en présence d'une installation présentant un intérêt public important, on pourra probablement admettre, dans la hiérarchie des intérêts, que le fait d'exiger des mesures complémentaires de l'exploitant et de la collectivité – qui préparera un plan de secours, en cas de catastrophe –, rend le risque acceptable; cet exemple montre qu'une approche traditionnelle par une règle de type autorisé/interdit, propre au droit de police, n'est plus guère possible, car il sera nécessaire de faire intervenir un ensemble de valeurs, qui relèvent de législations différentes, et que les autorités concernées seront chargées de gérer au sein d'une décision coordonnée; par ailleurs, le schéma selon lequel celui qui produit le risque en assume les conséquences est fortement bousculé, dans un cas tel celui en l'espèce, où l'on s'approche d'une cogestion des risques entre le citoyen et la collectivité publique.

Il est évident que dans l'approche du risque, les méthodes se sont affinées tant sur le plan technique (moyens de prévoir le risque), que du point de vue de la méthode juridique, par l'obligation de recourir aux principes de prévention et de précaution; il en découle incontestablement un paysage modifié pour l'administration, qui d'un principe de l'opportunité de l'intervention, connue en droit de police, doit désormais faire face à une obligation d'agir; certes, la marge de manœuvre dont elle peut bénéficier, quant au moment de l'action et aux moyens à mettre en œuvre peut fortement relativiser la garantie du résultat escompté par ces nouveaux mécanismes d'intervention.

Si la gestion des risques reste une mission essentielle de l'Etat, on assiste, dans ce domaine, comme dans d'autres, à une certaine décentralisation des tâches, notamment dans les activités de surveillance des activités privées, particulièrement lorsque le risque est élevé (risque nucléaire, risque aéronautique, risque thérapeutique, etc.); de ce point de vue-là, le domaine est également illustratif.

112 RS 814.012.

Il est enfin certain que le thème de l'évolution de la gestion des risques offre un regard nouveau sur le contrôle de l'activité administrative, que ce soit au travers des droits juridictionnels des tiers touchés par des atteintes environnementales ou d'autres moyens, comme l'évaluation des politiques publiques. Le tournant pris dans les années 1970, par l'ouverture du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, et qui a été parachevé par la mise en place de juridictions administratives dans les Cantons jusqu'à la fin du 20^e siècle, marque l'une des révolutions les plus décisives du droit administratif dans ces dernières années.

B. Du droit de police au droit de l'environnement

I. Le droit de police, des origines à l'Etat libéral

1. *Du droit absolu de l'Etat à la naissance de la science administrative*

L'une des premières des tâches caractéristiques de l'Etat est celle de protéger le citoyen¹¹³. Cela a longtemps été le rôle de ce que l'on appelle le droit de police.

Ainsi que le relève FLEINER¹¹⁴, la notion de «police» a fortement évolué; de sa racine grecque «πολιτεία», qui signifie «Constitution de la ville ou de l'Etat», puis administration de la cité, le droit français du 14^e siècle s'en est saisi pour désigner les fins de l'Etat et l'activité de l'Etat.

En un sens étroit, les mots de «la police» ont été utilisés pour caractériser le «bon ordre», un Etat bien régi. A la fin du 15^e siècle, l'Allemagne emprunte à la France, la théorie de la «*jus politiae*» ou de la «police», qui reconnaît progressivement au pouvoir souverain non seulement l'obligation de maintenir la paix juridique, mais aussi le droit et le devoir d'écarter, par la voie de l'autorité, les dangers qui menacent la sécurité et le bien-être de la population.

L'Etat de police, qui a succédé aux régimes régalien, se caractérise ainsi par celui qui accorde à la puissance publique le droit de veiller au «bien-être commun»¹¹⁵.

En Allemagne, dès la période de la Réforme, certaines fonctions étatiques comme la conduite de la politique étrangère, des affaires militaires et de la gestion des finances ont commencé à se séparer de la notion de police, qui se limitait aux autres tâches; néanmoins, le droit de police restait le cœur de l'activité de l'Etat. Comme il n'existait pas encore de droit écrit, le droit de police était régi uniquement par le pouvoir discrétionnaire du gouvernement¹¹⁶, qui œuvrait

113 HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 4 et 10.

114 P. 235.

115 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 235; FRITZ GYGI, Zum Polizeibegriff, p. 237; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 2.

116 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 236.

le plus souvent sur la base de simples prescriptions administratives ou instructions de service n'ayant pas la valeur de règles de droit¹¹⁷. De ce fait, le droit de police, s'est opposé à celui des autorités de justice, qui, elles, se prononçaient sur la base de règles de droit publiées (édits. etc.).

En France, comme en Allemagne¹¹⁸, ce sont les théories du droit naturel du XVIII^e siècle, qui ont peu à peu conduit à la doctrine des droits de l'homme et du citoyen, et ont contrebalancé ce pouvoir absolu. Dès 1789, le droit de police est limité au soin de la protection juridique et à la poursuite de la sécurité publique. En Allemagne, la notion de police a connu sa consécration en 1794, dans l'*Allgemeines Preussisches Landrecht*, qui en déterminait la notion et les limites de la manière suivante: «la police a pour fonction de prendre les mesures nécessaires pour le maintien de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et d'écarter les dangers qui menacent le public ou quelqu'un de ses membres»¹¹⁹. Ainsi, dans ce pays, depuis le début du 19^e siècle, le développement du droit de la police administrative était lié de façon étroite à la construction du *Rechtsstaat*.

Cette tradition libérale du droit de la police administrative en Allemagne a pour effet qu'à la différence de la France et d'autres pays européens, cette matière est enseignée sur un pied d'égalité, par exemple, avec le droit administratif général ou encore le droit constitutionnel. C'est peut-être ce qui explique que, aujourd'hui, les traités de droit administratif suisse des auteurs alémaniques consacrent des chapitres à ce thème, alors que tel n'est que peu le cas des auteurs romands.

Il est également symptomatique de l'Etat libéral qu'il repose, dans son organisation et ses tâches, sur des lois¹²⁰, qui viennent contrebalancer le pouvoir absolu du gouvernement. L'ensemble de l'exercice de l'activité de police est placée sous l'empire du principe de légalité de l'administration, tant pour préciser les principes d'action de l'administration que la légitimer dans sa tâche, et d'éventuelles restrictions apportées aux droits fondamentaux.

Un autre aspect de l'évolution est à marquer: tant que le droit de police était synonyme de «pouvoir absolu» et de gouvernement, il ne contribuait pas encore au développement de la science du droit administratif¹²¹. En effet, il ne peut fournir la matière d'une théorie systématique du droit, dès lors qu'il fonctionne comme un pouvoir monarchique et de manière discrétionnaire. Seul l'Etat de droit permet le développement d'une véritable science du droit administratif¹²², ce par quoi il faut entendre une méthode dans l'application du droit, au regard des principes généraux dégagés par la jurisprudence. On a vu qu'en France les premières théories du droit administratif sont ébauchées au début du XIX^e siècle.

117 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 26 et 47.

118 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 236.

119 Deuxième partie, titre 17 § 10.

120 PIERRE MOOR, Micropolitique, p. 89.

121 ERNST FORSTHOFF, Traité de droit administratif allemand, p. 92 s.

122 ERNST FORSTHOFF, Traité de droit administratif allemand, p. 94.

C'est également le cas en Suisse, époque qui concourt avec le début de l'enseignement du droit public¹²³.

2. *La théorie de l'Etat libéral et l'interventionnisme*

Si le régime de l'Etat libéral est celui des libertés individuelles, il a également pour contrepartie que la gestion des risques de police relève de la responsabilité individuelle. Les personnes sont responsables de leur survie et ont vocation à définir leurs désirs; elles ont la capacité d'assurer leur bien-être par leur propre force¹²⁴.

L'Etat intervient le moins possible; il le fait pour protéger l'ordre public au sens strict, tel que défini plus haut: la santé, la moralité, la tranquillité, la sécurité publique et la bonne foi en affaires. L'activité étatique administrative tend à garantir aux individus une sphère de liberté, notamment en protégeant l'usage de droits inscrits dans la Constitution (garantie de la propriété, liberté du commerce et de l'industrie, etc.). Au tournant du XVIII^e et XIX^e siècle, le libéralisme apparaît être la seule solution pour permettre le progrès, l'efficacité, l'équilibre et la stabilité¹²⁵. C'est ainsi que l'on fait coïncider les intérêts privés et l'intérêt public, à l'époque¹²⁶. La Constitution de 1874 consacre le régime de la liberté du commerce et de l'industrie à son article 31¹²⁷.

En somme, le rôle de l'Etat consiste, sinon à favoriser, du moins à maintenir un milieu propice à cela. Il doit en premier lieu exercer une activité de police, en défendant le public contre les dangers les plus variés.

3. *De l'Etat libéral à l'Etat moderne: autour du pouvoir discrétionnaire*

ERNST FOHRSTOFF¹²⁸ relève que les conditions sociologiques particulières de l'Etat libéral ont déterminé une opposition entre la législation, l'édiction de normes générales et abstraites, et l'administration, qui exécute les lois et accomplit les tâches qu'on lui assigne.

C'est le propre de la séparation des pouvoirs. Celle-ci est moins nette avec la naissance de l'Etat que FRITZ FLEINER a appelé «moderne» et qu'il situe après la seconde guerre mondiale¹²⁹; la frontière entre le législateur et l'administra-

123 BENJAMIN SCHINDLER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, § 12 et EDUARD CHAPUISAT, La notion d'administration, p. 41 et 42, relèvent que le droit administratif se trouve en sa «période de formation» jusqu'au début du XX^e siècle.

124 ETIENNE GRISEL, Liberté économique, p. 116.

125 ETIENNE GRISEL, Liberté économique, p. 117.

126 STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, p. 107 ss.

127 Sur l'historique de la liberté économique, ETIENNE GRISEL, Liberté économique, p. 32 ss.

128 Traité de droit administratif allemand, p. 46 s.

129 Les principes généraux, p. 50 et 80; en effet, FRITZ FLEINER fait correspondre cette évolution aux nouvelles formes d'organisation de l'administration liées à la décentralisation et la privatisation, en Allemagne.

tion a tendance à s'effacer. D'une part, le législateur peut habiliter l'exécutif à légiférer par la voie d'ordonnances¹³⁰; d'autre part, il peut aussi ne légiférer que de manière générale, en indiquant le but à atteindre et en laissant à l'administration une possibilité d'interprétation des objectifs, en fonction des périodes, comme des moyens¹³¹; que l'on soit en présence de normes juridiques indéterminées (la beauté d'un paysage, un biotope digne de protection), nécessitant un travail d'interprétation, ou d'un réel pouvoir d'appréciation (qui inclut de statuer en opportunité), une marge de manœuvre importante est laissée à l'exécutif. C'est ce que PIERRE MOOR appelle la micropolitique du droit¹³².

En réalité, la question du pouvoir d'appréciation ou discrétionnaire de l'Etat est discutée depuis le XIX^e siècle, déjà, puisqu'il s'agissait de l'un des arguments avancés en faveur d'une juridiction administrative indépendante¹³³.

Il demeure que la législation évolue et devient moins syllogistique: les raisons de cette évolution sont multiples: elles sont liées à l'apparition de l'Etat social, redistributeur des ressources et fournisseur de prestations, qui nécessite des prescriptions plus détaillées, et donc un travail législatif de l'exécutif, mais aussi à l'évolution de la technique, qui implique que l'on allège le travail du législateur, en laissant un pouvoir réglementaire beaucoup plus étendu à l'administration, mieux placée compte tenu de ses connaissances¹³⁴.

Il faut ajouter à cela le nombre d'*actes matériels*¹³⁵ accomplis par l'administration dans la gestion de ses tâches (renseignement, construction d'une école, d'un hôpital, d'une digue paravalanche, etc.), restées dans l'ombre du concept commun de décision, mais que la doctrine a formalisés dès la fin du XIX^e siècle¹³⁶. On admet aujourd'hui que de tels actes sont aussi soumis à la réserve de la loi: ils doivent tous s'inscrire dans une tâche dont l'intérêt public est consacré par le législateur, qu'ils relèvent du droit de police ou de l'administration de prestation¹³⁷. En matière de prévention des dangers, ces actes sont im-

130 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 49 s, parle de «délégation de la puissance législative». Ces règlements ou ordonnances fondent des règles de droit, alors que les décisions d'exécution fondent des «rapports de droit».

131 ERNST FORHSTOFF, Traité de droit administratif allemand, p. 54 s.

132 Pour une théorie micropolitique du droit, p. 52 ss et 180, où il met en évidence le fait que la politique ne s'arrête pas à l'élaboration de la loi, mais que le juge fournit un travail d'interprétation qui donne, pour chaque réalité concrète, le sens de la norme; l'absence de prévisibilité de la norme est compensée par un travail au stade de son application qui permet peu à peu de tisser le sens du principe ou de la règle comportant des notions juridiquement indéterminées (voir aussi PIERRE MOOR, Dynamique du système juridique, p. 292 s).

133 BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsmessen, p. 84 s.

134 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 51; c'est ce qui explique la retenue du juge dans l'exercice de son pouvoir d'examen, face à une norme juridiquement indéterminée, qui implique des connaissances techniques (PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, p. 382, ch. 4.3.3.2).

135 Pour une définition, voir PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 28 ss.

136 ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'extension du contrôle, p. 5.

137 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 36 s; ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'extension du contrôle, p. 9 ss.

portants, du moins chaque fois qu'une réaction ou intervention immédiate de l'Etat est en jeu. Le problème principal que posent les actes matériels est celui de leur contrôle. Il n'existe pas de droit général à une prestation de l'Etat lorsque celle-ci n'implique pas une décision¹³⁸.

Ainsi, après que l'exécutif ait été dépossédé de son pouvoir d'édicter des règles de droit – pouvoir qu'il détenait de manière discrétionnaire avant l'Etat libéral –, l'administration retrouve une certaine autonomie dans la réglementation ou dans l'interprétation des lois, mais dans le respect du cadre légal et constitutionnel, qui fixe les limites de la délégation ou qui détermine les situations dans lesquelles l'administration est amenée à interpréter la loi au regard de sa latitude de jugement¹³⁹.

II. La notion de «droit de police»

1. La notion de droit de police au sens étroit

La notion de droit de police a survécu dans l'Etat de droit moderne. Elle a pris différentes significations.

Le droit de police, que l'on a appelé initialement celui de l'Etat libéral¹⁴⁰, se définit aujourd'hui de manière circulaire: il agit à la fois comme un droit et un devoir en ce sens que le noyau constitué par le maintien de l'ordre et la sécurité publics constitue à la fois les limites de l'action, mais aussi la tâche essentielle de l'Etat, qui est celle de préserver des dangers (*Gefahrenabwehr*), pour assurer la «vie» de la société civile¹⁴¹.

Il est bien évident que lorsque l'on évoque des tâches fondamentales de l'Etat en matière de prévention des dangers, on ne fait pas référence à un concept immuable; il est fortement soumis aux variations des préoccupations sociales, mais aussi à celles circonstances; la nature des dangers peut évoluer de même que la perception de ceux-ci.

Si l'on tente de caractériser le droit de police, il peut être rattaché tant à éléments fonctionnels (buts des motifs de police) qu'à des critères organisationnels (quelle autorité est compétente)¹⁴². Il a pris aujourd'hui tant de contours qu'il vaut la peine de broser succinctement les deux grandes catégories de situations dans lesquelles il est évoqué.

138 ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'extension du contrôle, p. 97 ss.

139 ERNST FORHSTOFF, Traité de droit administratif allemand, p. 210 s; FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 51; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, p. 249, ch. 3.3.3.1.

140 L'expression vient de ARTUR WOLFFERS, Der Begriff der Polizei, p. 409.

141 PIERRE MOOR, Micropolitique, p. 89; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 3 s.

142 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 487.

a) *Notion matérielle*

Premièrement, il peut être approché sous l'angle d'une *définition matérielle (ou fonctionnelle)*¹⁴³: c'est sous cet angle qu'il a le plus évolué au travers des époques, puisqu'il est étroitement lié à la mission de l'Etat, dans sa charge de veiller directement et de lui-même aux mesures qui servent à prévenir ou à écarter les dangers de la vie quotidienne, en vue de préserver des biens ou des valeurs qui concourent à «l'ordre et la sécurité publics»¹⁴⁴. Par là, on vise des activités plus étroites que celles liées à l'intérêt général, en ce sens qu'il s'agit uniquement de préserver les valeurs fondamentales – telles que la vie, la santé, la tranquillité, la moralité et la bonne foi en affaires¹⁴⁵ – (c'est la définition du *droit de police au sens étroit*)¹⁴⁶; elles tendent cependant à s'en rapprocher, compte tenu de l'étendue des législations spéciales en matière de prévention des dangers, que ceux-ci visent des menaces naturelles (avalanches, glissements de terrain, crues, etc.) ou des atteintes à l'environnement liés à des activités anthropiques.

Originellement, c'est sous cet angle que l'Etat est tenu de prendre les précautions nécessaires contre les dangers d'inondation et d'incendie¹⁴⁷; il doit intervenir contre l'auteur d'un trouble.

La notion de «droit de police», selon le domaine dont celui-ci relève, peut viser la gestion d'activités (droit de la police des constructions, du commerce, de la circulation), peut s'attacher à préserver des biens absolus (vie, santé) ou à protéger la population et ses biens de dangers (feu, épidémies). Progressivement, généralement ces intérêts tendent à être concrétisés par une législation spécifique de telle sorte que l'on évoque ensuite la nature du domaine (droit forestier, droit de la police des eaux, etc.)¹⁴⁸.

Si, désormais, les tâches de police reposent sur une base légale, qui définit les objectifs à atteindre et les mesures à adopter, le recours à la notion «d'ordre et de sécurité publics» ou de «droit de police», en tant que terme générique, est cependant encore fréquent, chaque fois qu'il s'agit d'évoquer un danger menaçant l'un des biens précités¹⁴⁹.

143 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 487.

144 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 25; FRITZ GYGI, Zum Polizeibegriff, p. 235 s.

145 La jurisprudence du Tribunal fédéral est ici innombrable: l'un des premiers est paru aux ATF XI 26 et traite de moralité publique et de compétence du gouvernement bâlois à cet égard. Pour d'autres références, voir JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, II, N° 1759 et les références citées.

146 Cette définition est celle qui correspond au régime de l'Etat libéral.

147 FRITZ FLEINER, Les principes généraux, p. 237.

148 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 26.

149 Ainsi, TF 2C_356/2007, du 18 septembre 2007, dans lequel on évoque le droit de police et le danger important que représente le chien, à l'occasion d'un recours contre le refus d'accorder l'effet suspensif à une décision d'euthanasie.

L'une des caractéristiques des mesures de police au sens étroit est de permettre de justifier des atteintes aux libertés individuelles et cela, en principe, sans indemnité. Cette portée a subsisté aujourd'hui.

b) *Notion formelle*

Secondement, au regard d'une *définition formelle*, le droit de police correspond à l'organisation nécessaire de l'Etat pour lui permettre de remplir l'ensemble de ses obligations de police. Ce sont l'ensemble des règles qui permettent l'usage de la force, de la contrainte en vue d'assurer le respect de l'objectif. Alors que le droit matériel est relativement bien réglementé, notamment au sein de la législation spéciale, le droit de police formel l'est beaucoup moins¹⁵⁰; on ne se trouve en tous les cas pas en présence d'une législation unifiée, puisque de nombreuses compétences sont cantonales et qu'elles sont éparses dans la législation spéciale.

2. *La notion de droit de police au sens large*

Dès la fin du XIX^e siècle, l'Etat a été chargé d'innombrables tâches qui ne consistent plus seulement à sauvegarder l'ordre et la sécurité publics, mais aussi à s'adonner à des activités telles que la sécurité sociale, la politique économique, la politique du logement, l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, la lutte contre les cartels, notamment.

Ces interventions incluent plus fortement qu'auparavant la *fourniture de prestations* qui peuvent elles-mêmes comporter des obligations à charge des administrés, comme celle de se raccorder au réseau des canalisations d'évacuation d'eau publiques. Elles consacrent également une forme de collectivisation du risque¹⁵¹, en admettant que des prestations indispensables doivent être fournies par la collectivité lorsque l'individu ne peut faire face à certaines situations, cela sous la forme d'une assurance (AVS, assurance-chômage) ou d'aides ponctuelles. Plus généralement, il incombe à l'Etat de mettre en place les infrastructures et le personnel nécessaires à la vie sociale (écoles publiques, transports publics, hôpitaux, etc.). Plus tard, on a évoqué également le terme d'*administration de gestion* (ou Etat propulsif, incitatif, *Steuerungstaat*) pour des activités où la finalité poursuivie implique une concertation importante avec les milieux concernés, voire la population en général. L'aménagement du territoire, la politique énergétique, la protection de l'environnement constituent des exemples typiques de cette catégorie d'activité. Dans un tel contexte, on cherche à préserver les ressources (eau, sol, air, faune, flore, paysage), à influencer les comportements en vue d'atteindre des objectifs fixés par la loi (en matière de réduction

150 HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 27 s.

151 PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, p. 388.

des émissions de CO₂, par exemple¹⁵²); les tâches étatiques vont comporter un volet important tendant à l'information, la prévision des risques, la coordination de tâches ou de moyens¹⁵³. Ces activités s'écartent de la prévention des dangers, au sens classique, par l'obligation de planifier, de gérer de manière prévoyante.

Avec l'élargissement des tâches de l'Etat, dès 1971, à l'occasion de l'arrêt Griessen¹⁵⁴, le Tribunal fédéral a qualifié de *droit de police au sens large* les mesures de *politique sociale*, voire de *politique économique*¹⁵⁵. Cet élargissement a été nécessité surtout pour permettre d'apprécier la compatibilité des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie.

Les autres libertés pouvaient être restreintes par d'autres intérêts que ceux couverts par le droit de police¹⁵⁶.

Il en va notamment ainsi de la *garantie de la propriété*: les Constitutions fédérales de 1848 et 1874 ne mentionnaient ni l'une ni l'autre expressément la garantie de la propriété¹⁵⁷, qui n'a été reconnue par le Tribunal fédéral qu'en 1959¹⁵⁸, en tant que droit fondamental non écrit; elle a ensuite été inscrite dans la Constitution à l'article 22ter en 1969. Son contenu a toujours suscité discussion, dès lors qu'il est modelé par les autres intérêts privés et publics de l'ordre juridique. Il en résulte que l'on doit plutôt parler d'élasticité de ce droit que de restrictions¹⁵⁹.

Initialement, on tendait cependant à voir une distinction entre les tâches de prévention des dangers ayant une portée négative et les prestations sociales po-

152 Voir la *loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂* (RS 641.71) en son article 2, où elle fixe l'objectif de réduction à atteindre (d'ici 2010, 10% de limitation des émissions de CO₂ dues à l'utilisation énergétique des agents fossiles par rapport à 1990) et son article 3, où l'on évoque les moyens d'y parvenir, qui mettent fortement à contribution les mesures librement consenties par les consommateurs de combustible.

153 PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, p. 20 s.

154 ATF 97 I 499 (Griessen); ATF 99 Ia 373; ATF 98 Ia 410. Par mesure de politique sociale, il faut entendre celle qui vise à procurer du bien-être à la population en améliorant les conditions de vie, de santé ou des loisirs (ATF 97 I 505). Pour qu'elles sont légitimées, elles doivent être «ressenties par une grande partie de la population comme justifiées» ou satisfaire «un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir». Elles se différencient des mesures de police au sens étroit sur un point: elles peuvent répondre à n'importe quel souci d'intérêt général et ne font pas face à l'un des dangers concrets qui menacent l'ordre public proprement dit (ETIENNE GRISEL, *Liberté économique*, p. 209).

155 Par mesure de politique économique, il faut entendre les restrictions qui interviennent dans la libre concurrence pour favoriser certaines branches d'activité ou certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan (ATF 131 I 231, ATF 125 I 422; ATF 125 I 337; ATF 125 I 277; ATF 124 I 313; ATF 124 I 113; ATF 124 I 123; ATF 123 I 281; ATF 123 I 217; ATF 123 I 15; ATF 121 I 288; ATF 121 I 132; ATF 116 Ia 414; ATF 91 I 107; ATF 80 I 121).

156 FRITZ GYGI, *Polizeibegriff*, p. 328; PETER SALADIN, *Grundrechte*, p. 344.

157 Cette garantie était en revanche reconnue dans certaines constitutions cantonales.

158 TF du 11 mai 1960, ZBI 1961 72 et la référence à deux arrêts non publiés.

159 PETER SALADIN, *Grundrechte*, p. 344; voir également -, qui relèvent que la garantie de la propriété est élastique, l'étendue de celle-ci dépendant des normes de droit privé et public, de telle sorte que l'on ne peut parler de restriction au droit de propriété, mais de concrétisations de ce droit, par les diverses règles de l'ordre juridique qui influent sur elle.

sitives contribuant au bien-être de la population (sous la forme de politique sociale et économique; *Daseinsvorsorge, Wohlfartspflege*)¹⁶⁰. Ces différences sont désormais très ténues, notamment dans le domaine de la planification du territoire où les deux aspects de la tâche (prévention des dangers et contribution au bien commun) sont intimement mêlés¹⁶¹. En fin de compte c'est exclusivement dans le régime de *l'indemnisation de l'expropriation matérielle* que le concept de droit de police trouve encore une justification.

La notion de «police», renvoie largement à des concepts juridiquement indéterminés susceptibles d'interprétation. Elle a par la force des choses considérablement évolué. Pour en juger, il suffit de considérer les exemples donnés par FRITZ FLEINER¹⁶², en 1933, époque à laquelle les attributions liées au pouvoir de police ne donnent pas la possibilité de contraindre à une «restauration dans le style» d'une ancienne église, ni d'interdire les constructions du seul fait de maintenir libre la vue sur un monument historique!

La notion de police, *au sens large*, s'est dès lors finalement rapprochée de celle «d'intérêt public»¹⁶³ et constitue la juste mesure dans laquelle une restriction peut limiter les droits fondamentaux¹⁶⁴; seuls les intérêts purement fiscaux sont prohibés au regard des intérêts publics pouvant reposer sur l'article 36 Cst.¹⁶⁵ C'est la raison pour laquelle il n'existe pas de concept unique dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relativement à la notion de police, qui est tantôt évoquée dans son *sens étroit*, tantôt dans son *sens large*¹⁶⁶.

Cette évolution marque la fin d'un Etat purement libéral¹⁶⁷.

III. Le droit de l'environnement

1. Définition

Ce que l'on appelle désormais le «droit de l'environnement» constitue une partie du droit administratif relativement jeune, mais dont les racines remontent déjà au Moyen Age¹⁶⁸. Il s'est surtout développé dans les années 1960, en réac-

160 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 16.

161 Pour une énumération des motifs permettant une restriction à la propriété, fondée sur l'art. 36 Cst., voir PIERMARCO ZEN-RUFFINEN / CHRISTINE GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, N° 99.

162 Les principes généraux, p. 239.

163 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 544; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, p. 17; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, II, 599.

164 PIERRE MOOR, Pour une théorie micropolitique, p. 88.

165 ATF 113 Ia 132; 111 Ia 98.

166 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 18.

167 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 17.

168 Sur l'historique des premières législations on se référera à HERIBERT RAUSCH, Studien zum Umweltrecht, Kleiner Versuch, p. 1 ss. Dès le développement de l'industrie et de la technique, au début du 19^e siècle, ont eu lieu les premières corrections de cours d'eau et le développement

tion aux nuisances liées au développement technologique, mais aussi avec les crises pétrolières. Il s'agit d'un éveil tant local qu'international, avec notamment la crainte des retombées des essais nucléaires dans l'atmosphère¹⁶⁹, les modifications climatiques, ou les pollutions maritimes, mais aussi avec les menaces qui pèsent sur la biodiversité et l'épuisement des ressources naturelles. L'un des points marquants du droit international est celui de l'introduction du concept de bien commun de l'humanité¹⁷⁰, en droit de la mer, même si la portée de cette notion a été fortement relativisée ensuite¹⁷¹.

Ce sont surtout les Conférences des Nations unies de Stockholm, en 1972, puis celle de Rio, en 1992, qui ont conduit à l'adoption des principaux traités internationaux en la matière et reconnu les principes de précaution et du pollueur-payeur comme principes directeurs. Le principe du développement durable, qui doit inviter à ménager les ressources et instaurer une certaine solidarité intergénérationnelle, comme entre les pays du nord et ceux du sud, a également été adopté dans ce contexte¹⁷².

Certains de ces textes, que l'on ne peut citer ici exhaustivement sont non contraignants (la convention de Stockholm, la déclaration de Rio, l'Agenda 21 qui lui est lié, la Déclaration de principes relatifs aux forêts) alors que d'autres conventions ont une force contraignante (la Convention-cadre sur les changements climatiques, du 9 mai 1992, puis le protocole de Kyoto, ratifié en 2003, la Convention sur la diversité biologique, du 12 juin 1992, la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, du 25 février 1991 notamment).

On définit plus souvent le droit de l'environnement par ses sources que par son contenu. En réalité, il recouvre plusieurs aspects qui peuvent rendre diffi-

des infrastructures de transport ferroviaires, qui ont conduit à l'adoption d'une loi fédérale en 1872. BEATRICE WAGNER PFEIFFER, *Umweltrecht*, I, p. 29, relève qu'à la même époque, on se préoccupe déjà de la nature, ce qu'atteste la première réserve du Creux-du-Van, dans le Jura neuchâtelois en 1876. Différentes lois fédérales ont suivi telles que la loi sur fabriques en 1877, qui comporte des dispositions pour protéger les travailleurs et le voisinage, donc l'environnement, et la loi sur la pêche en 1888, qui inclut les premières mesures contre la pollution des eaux et qui reconnaît les poissons comme une ressource à protéger. Quant à la protection des forêts, elle a suscité dès le Moyen Age des réglementations protectrices.

169 Voir le traité d'interdiction partielle des *essais nucléaires*, signé le 5 août 1963 à Moscou, qui interdit des expériences des armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace, extra-atmosphérique et sous l'eau.

170 Évoqué par Arvid Pardo, en tant que représentant de Malte à l'Assemblée générale des Nations Unies en 1967, dans le cadre des Conférences sur le droit de la mer (commencées en 1958). La Convention des Nations unies sur le droit de la mer a été signée en 1982 est la seule à reconnaître le principe d'un *bien commun de l'humanité* à son article 136 en relation avec le fond des océans et ses ressources (minières). D'autres traités, tel ceux relatifs à la biodiversité ou au climat, aborderont la notion, mais dans le sens d'une préoccupation commune de l'humanité.

171 Amendement du 28 juillet 1994 relatif à la partie XI de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, du 16 septembre 1973 (CNUDM).

172 ANNE-CHRISTINE FAVRE, *Durabilité*, p. 85 ss.

cile sa reconnaissance en tant que droit autonome: on admet cependant qu'il peut répondre à une définition large et étroite.

Dans l'*acception large*, ce droit inclut toutes les normes qui servent au maintien ou à l'amélioration des fondements naturels de la vie, mais aussi au milieu social, culturel et politique de l'homme¹⁷³; il s'agit ici de protéger non seulement les éléments naturels, mais également le patrimoine bâti ou des valeurs sociales comme la beauté du paysage. La législation sur l'aménagement du territoire se situe au cœur de l'ensemble de ces préoccupations, du moins, en tant qu'elles demandent à être concrétisées par des mesures d'organisation spatiale.

Pris au *sens étroit*, le droit de l'environnement se limite aux biens de la nature élémentaires aux sources de la vie de l'homme et des autres êtres vivants (faune, flore); il s'agit ainsi de préserver d'atteintes nuisibles ou incommodantes les hommes, les animaux, les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes (art. 1 al. 1 LPE). Cette définition doit être interprétée de manière large et recouvre les éléments de la biosphère, à savoir, l'eau, le sol, l'air et leurs interactions entre eux et avec l'homme¹⁷⁴.

Au même titre que l'on peut parler de biens de police, on peut ainsi faire appel à la notion de «biens environnementaux», qui ont un caractère plus ou moins anthropocentrique, selon que l'on admet qu'ils se rapportent au milieu de l'homme ou aussi aux éléments naturels en tant que tels (conception écosystémique).

En réalité, les deux conceptions sont présentes, dans la législation suisse, mais au gré d'une évolution.

Dans un premier temps, les préoccupations environnementales se confondent avec celles du droit de police¹⁷⁵; il s'agit de protéger de dangers qui affectent directement l'homme, en préservant la tranquillité publique¹⁷⁶, en luttant contre les ravageurs¹⁷⁷, contre le danger d'érosion lié au défrichement, d'adopter des lois sanitaires pour lutter contre les épizooties¹⁷⁸. La législation comporte d'ailleurs souvent le terme de «police»: *loi sur la police des eaux dans les régions élevées*, de 1877, *loi fédérale sur la police des forêts de haute montagne*, de 1876, etc.

173 MICHAEL KLOEPFER, Umweltrecht, § 1 ch. 14 ss.

174 MICHAEL KLOEPFER, Umweltrecht, § 1 ch. 16 s.

175 Le terme environnement, plus anthropocentrique, a été préféré dans les années 1970, lors de la signature des premières grandes conventions internationales (JACQUES GRINEVALD, Qu'est-ce que la biosphère, p. 33).

176 Les législations en la matière (règlementation de police) sont restées cantonales jusqu'à l'arrivée de la loi fédérale sur la protection de l'environnement en 1983. Ces prescriptions ont depuis lors perdu de leur portée propre, dans la mesure où elles se recoupent avec le droit fédéral.

177 Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux du 24 juin 1904, distingue les animaux protégés des animaux malfaisants ou carnassiers, qui peuvent être tués même en dehors des périodes de chasse.

178 Une première loi fédérale en la matière date du 8 février 1872.

Dans un deuxième temps, on rencontre une série de prescriptions qui prennent en compte la protection du milieu naturel, de manière plus large; les atteintes ne sont cependant à combattre que lorsqu'elles sont susceptibles d'atteindre indirectement l'homme, et permettent une ouverture en faveur des intérêts de la nature, lorsqu'elles ne compromettent pas les activités de l'homme. La plupart des dispositions relatives à la lutte contre les atteintes nuisibles ou incommodantes répondent à ce schéma. Ainsi, les pollutions de l'air ne sont pas combattues pour protéger l'air en tel, mais lorsqu'elles menacent les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses, ainsi que la fertilité du sol, la végétation et la salubrité des eaux (art. 14 lit. a et d LPE). Cette disposition montre cependant que l'on prend en compte les interactions qui existent entre les écosystèmes, de manière intégrée, et non pas dans un milieu au détriment d'un autre¹⁷⁹. La protection des biotopes au sens où l'entend l'article 18 al. 1 LPN constitue un autre exemple du compromis à entreprendre en ce sens qu'un grand pas est certes pris en direction de la prise en compte des intérêts de l'environnement, mais pour autant que les intérêts dignes de protection de l'agriculture et de la sylviculture soient également préservés; le cas échéant, c'est une pesée des intérêts qui permettra de décider si les intérêts du biotope l'emportent sur ceux auxquels il est confronté (art. 18 al. 1^{er} LPN).

Enfin, dans un troisième temps, on accorde un intérêt à la protection de l'environnement «pour lui-même». On s'éloigne ici d'une conception purement anthropocentrique. La compétence de la Confédération de favoriser la réacclimatation, en des lieux appropriés, d'espèces ne vivant plus à l'état sauvage en Suisse ou menacées d'extinction, telles que loup, constitue un exemple de disposition qui n'a plus un caractère anthropocentrique (art. 18 al. 3 LPN¹⁸⁰; art. 1 al. 1 let. b LChP¹⁸¹); cependant, les conflits d'usage mettent en tension ce retour de la nature¹⁸².

D'une manière générale, le droit de l'environnement présente deux axes qui sont la gestion des risques – ce par quoi nous entendons les situations pouvant engendrer des dommages ou des atteintes – et celle de ressources¹⁸³. La prise en

179 En cela, le droit européen y a également été attentif, puisque une directive 96/61/CE du 24 septembre 1996 (codifiée plus tard en directive 2008/1/CE) veille à prévention et à la réduction intégrée de la pollution.

180 Cf. note 189.

181 Cf. note 191.

182 Un projet de modification de l'ordonnance du 31 mars 2011 *sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages* (Ordonnance sur la chasse, OChP, RS 922.01) prévoit la possibilité de réguler la faune sauvage protégée dans certaines situations.

183 Le terme de ressource peut prendre différentes acceptions. Selon le dictionnaire le «Grand Robert», on désigne par là des moyens matériels (hommes, réserves d'énergie, etc.) dont dispose ou peut disposer une collectivité. On parle de ressources naturelles de la terre (permanentes; renouvelables, non renouvelables), de ressources énergétiques. Depuis les années 1970, cette notion évolue et tend à s'élargir aux ressources utiles à tout écosystème, et tous les secteurs socio-économiques. Ainsi les surfaces de sol disponibles, la qualité de l'eau ou de l'air, l'aspect des paysages, la biodiversité, constituent d'autres aspects des ressources naturelles.

considération des ressources a deux objectifs: qualitatif, lorsque des atteintes peuvent altérer la nature ou la substance de la ressource; quantitatif, qui va inviter à prendre des mesures en faveur du maintien de la ressource, lorsqu'elle est renouvelable (par exemple par des limitations des possibilités de défrichement, s'agissant de l'aire forestière) et en faveur d'un ménagement de celle-ci, lorsqu'elle n'est pas renouvelable.

2. L'évolution législative

Vu sous un angle normatif, le droit de l'environnement, à l'image du droit administratif, n'est pas concentré en une loi, mais en un ensemble de législations sectorielles, qui se complètent les unes les autres. Avant de présenter ces lois, il faut relever que l'évolution de ce dernier siècle a consisté à faire passer la plupart des compétences matérielles des cantons à la Confédération, même lorsque la gestion du bien protégé est locale, comme les forêts. Ce cheminement est lié à la nécessité d'agir de manière coordonnée et harmonisée sur l'ensemble du territoire.

Le cœur du droit de l'environnement trouve son siège dans la LPE¹⁸⁴. Cette loi vient cependant s'inscrire dans la continuité d'autres législations qu'elle n'a pas abrogées; elle a été conçue d'emblée comme une législation complémentaire à celles existantes¹⁸⁵, de telle sorte que, tout en fixant des principes généraux, qui pourront être applicables à l'ensemble des atteintes environnementales¹⁸⁶, elle régit spécifiquement les atteintes à l'environnement qui ne sont pas déjà traitées par d'autres législations.

On trouve des dispositions réglant les atteintes à l'environnement ou à la santé notamment dans la *loi fédérale* du 21 mars 2003 *sur l'énergie nucléaire* (LENu)¹⁸⁷, la *loi fédérale* du 24 janvier 1991 *sur la protection des eaux* (LEaux)¹⁸⁸, la *loi fédérale* du 1^{er} juillet 1966 *sur la protection de la nature et du paysage* (LPN)¹⁸⁹ et la législation cantonale sur la protection de la nature, la *loi fédérale* du 22 juin 1979 *sur l'aménagement du territoire* (LAT)¹⁹⁰, la *loi fédérale* du 20 juin 1986 *sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages* (LChP)¹⁹¹, la *loi fédérale* du 21 juin 1991 *sur la pêche* (LFSP)¹⁹², la *loi fédérale* du 19 décembre 1958 *sur la circulation routière* (LCR)¹⁹³, la *loi fé-*

184 RS 814.01.

185 Message Cst., FF 1970 I 774 s; ANNE-CHRISTINE FAVRE, La loi sur la protection de l'environnement, N° 2 s ad art. 7.

186 ANNE-CHRISTINE FAVRE, La loi sur la protection de l'environnement, N° 2 ad art. 7.

187 RS 732.1.

188 RS 814.20.

189 RS 451.

190 RS 700.

191 RS 922.0.

192 RS 923.0.

193 RS 741.01.

dérale du 4 octobre 1991 *sur les forêts* (loi sur les forêts, LFo)¹⁹⁴, la *loi fédérale* du 16 décembre 2005 *sur la protection des animaux* (LPA)¹⁹⁵, ou la *loi fédérale* du 15 décembre 2000 *sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses* (loi sur les produits chimiques, LChim)¹⁹⁶. Les atteintes à l'environnement liées aux applications du génie génétique ont été retranchées de la *loi sur la protection de l'environnement*, lors de la *novelle* du 21 mars 2003¹⁹⁷, au profit de la *loi fédérale* du 21 mars 2003 *sur l'application du génie génétique au domaine non humain* (loi sur le génie génétique, LGG)¹⁹⁸, de telle sorte que la LPE traite désormais uniquement des atteintes dues aux organismes non génétiquement modifiés (art. 29a à h LPE).

Le propre du droit de l'environnement est de proposer des principes d'action (prévention, précaution, pollueur-payeur, développement durable, coopération, prise en considération globale des atteintes), qui, pour certains, vont au-delà de l'action préventive et répressive connue en droit de police. Si cette législation innove peu quant aux procédures de contrôle (parce qu'elle se greffe sur les procédures de contrôle ou de planification existantes), elle permet en revanche d'orienter les possibilités d'action vers des moyens incitatifs, voire coopératifs, totalement inconnus du droit de police; à cela s'ajoutent un faisceau de relations entre l'Etat et les administrés, par le jeu de l'information, qui a été érigée en tâche, dès l'entrée en vigueur de la LPE¹⁹⁹, mais aussi par celui de l'accès à la justice.

IV. Les biens de police

1. Les biens de police classiques

Contrairement à ce que leur nom peut indiquer, l'expression «biens de police» ne se réfère pas uniquement à des biens matériels (immeubles, infrastructures), mais aussi à des valeurs à sauvegarder et préserver des dangers.

Ces biens ou valeurs, on l'a vu, consistent en l'ordre, la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publics²⁰⁰, concepts juridiquement indéterminés, qui ont permis des interprétations diverses selon les époques; ils ont d'ailleurs un caractère nécessairement évolutif, de telle sorte qu'il peut être difficile de leur

194 RS 921.0.

195 RS 455.

196 RS 813.1.

197 RO 2003, 4803.

198 RS 814.91.

199 FRANÇOIS BELLANGER/VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, *Loi sur la protection de l'environnement*, N° 1 ss ad art. 6.

200 ATF 100 Ia 175; ATF 99 Ia 516, 510; ATF 99 Ib 58; ATF 97 I 504 s; ATF 96 I 701; ATF 96 I 357; ATF 96 I 227; ATF 91 I 460; ATF 89 I 30; ANDREAS JOST, *Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs*, p. 17 et les références citées; PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 54 N° 21; HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 4, note 16 et note 21.

trouver une portée propre. Il en va notamment ainsi de la notion de moralité publique, qui est étroitement liée au contexte social, et n'a pratiquement plus de portée juridique, en tant que telle, mais nécessite d'être explicitée par le législateur²⁰¹. On admet d'ailleurs que la liste des biens précitée n'est pas exhaustive et que doivent y être ajoutées la bonne foi en affaires, de même que la paix des morts et l'esthétique des constructions²⁰².

2. Les biens environnementaux

Les biens environnementaux sont ceux que l'ensemble de la législation environnementale a pour objectif de protéger. Ils ont pris une extension qui montre que la vision n'est plus purement anthropocentrique.

Il est en revanche plus difficile de préciser en quoi ces biens se recoupent avec la définition des biens de police. Cette question prend une importance chaque fois que la notion de police au sens étroit conserve un sens aujourd'hui.

Au vu de la définition étroite donnée peu avant, il apparaît clairement que tout bien protégé par le droit de l'environnement tombe dans la catégorie étroite des «biens de police», dans la mesure où il existe une potentialité d'atteinte concrète à l'homme ou à son milieu de vie et qu'il peut en subir indirectement les conséquences; il semble que l'on assimile assez facilement la protection de l'environnement, au sens où l'entend l'article 1 alinéa 1 LPE, aux biens de police²⁰³. Il en va de même de législations qui, tout en visant les animaux, protègent la santé publique, comme la *loi fédérale* du 1^{er} juillet 1966 *sur les épizooties* (LFE)²⁰⁴.

Il en résulte que, s'agissant des éléments naturels comme l'air, l'eau, le sol, leur protection se recoupe avec celle des biens de police pour autant que se pose un problème de nature à mettre en danger la santé concrète de l'homme; tel n'est notamment pas le cas de la plupart des dispositions de la LEaux²⁰⁵, en tant qu'elles visent par des prescriptions sur les débits résiduels à maintenir une certaine quantité d'eau favorable à la faune piscicole²⁰⁶, ou de la législation

201 PIERRE TSCHANNEN, *Öffentliche Sittlichkeit*, p. 568; cet auteur relève que l'on peut se demander si la «morale publique», dans la mesure où elle dépend nettement de normes sociales, fait encore partie des biens de police; de toute manière, la notion d'«ordre public», en tant que concept supérieur parmi les biens de police, devrait suffire à recouvrir des concepts qui échappent pour partie au droit.

202 TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 54 N° 19, 20.

203 HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 69; PIERMARCO ZEN RUFFINEN/CHRISTINE GUY ECKABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, N° 1515; ENRICO RIVA, *Bau- und Nutzungsbeschränkungen*, p. 479.

204 RS 916.40.

205 PIERMARCO ZEN RUFFINEN/CHRISTINE GUY ECKABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, N° 1489 ss.

206 PIERMARCO ZEN RUFFINEN/CHRISTINE GUY ECKABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, N° 1404; ENRICO RIVA, *Wohlerworbene Rechte*, p. 194 ss.

sur la protection de la nature, qu'elles portent sur la protection du paysage ou du patrimoine bâti ou sur la protection des biotopes, qui ne relèvent pas des biens de police au sens étroit²⁰⁷.

Certains auteurs étaient d'avis que la notion de «biens de police» devait être étendue à celle des biens purement environnementaux, de telle sorte que les atteintes à l'environnement, pris pour lui-même (*per se*), tombent dans la notion de biens de police²⁰⁸; cette question n'a que peu de portée pratique, dès lors que la plupart des législations tendant à préserver des dangers, incluent les atteintes à l'environnement; elle conserve cependant une certaine acuité en matière d'expropriation matérielle ou d'atteinte à des droits acquis, lorsqu'il s'agit de savoir si des motifs de police au sens étroit s'opposent à une indemnisation.

Indépendamment de l'objet de la protection, toutes les atteintes nuisibles ou incommodantes relevant du droit de l'environnement ne mettent pas nécessairement en jeu la vie ou la santé, au sens où l'entend le droit de police. On doit ainsi établir une distinction entre le bien protégé et la nature de l'atteinte; les immissions sonores, par exemple, font toujours débat quant à la question de savoir si elles relèvent du droit de police (protection de la santé) ou non²⁰⁹.

V. Portée de la notion de police aujourd'hui

Le recours à la notion de police a-t-il encore un sens aujourd'hui?

Il est certain que le concept évoque encore aujourd'hui des valeurs à protéger d'un danger; cependant, celles-ci sont pour la plupart concrétisées dans des lois, de telle sorte que la référence au droit de police conserve rarement une portée autonome.

Néanmoins, les traces laissées par cette notion sont présentes à divers titres dans le droit administratif d'aujourd'hui; on cite ci-dessous, sans hiérarchie particulière, quelques uns de ces points.

1. *Les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie*

S'agissant des *restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie*, on a vu que dès l'arrêt Griessen, ces restrictions peuvent reposer non seulement sur des motifs de police au sens étroit, mais également sur des motifs de politique sociale, voire de politique économique; cependant, lorsque ces dernières mesures ont pour but de porter atteinte à la libre concurrence, elles restent prohibées, en

207 C'est ce que l'on doit conclure implicitement de la thèse de KARIN SIDI ALI, La protection des biotopes, p. 239 ss.

208 CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz et la doctrine citée en p. 35 s.

209 PIERMARCO ZEN RUFFINEN/CHRISTINE GUY ECKABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, N° 1494 ss.

l'absence de base constitutionnelle fédérale expresse contraire. Le critère décisif est ainsi le but des règles affectant la liberté économique et non leurs effets²¹⁰.

Il en résulte que la notion de *police au sens étroit* conserve un sens en matière de restrictions à la liberté économique, du moins concernant les compétences cantonales, dès lors qu'à défaut d'une disposition constitutionnelle expresse (art. 94 al. 4 Cst.), les mesures qui ont pour but d'intervenir dans la concurrence ne peuvent être fondées sur la base générale de l'article 36 Cst.

2. *Les monopoles de police*

L'obligation pour l'État de se comporter de manière neutre sur le plan de la concurrence n'est pas absolue. En dehors des droits régaliens historiques des cantons²¹¹ que réserve l'article 94 alinéa 4 Cst., les dérogations à la liberté économique telles que l'instauration d'un monopole, sont admissibles pour autant que ces dérogations poursuivent un but de police ou de politique sociale, à l'exclusion des buts de politique économique²¹². Les mesures concernant l'aménagement du territoire, la politique énergétique et environnementale sont également admissibles²¹³. Dans ces dernières hypothèses, les conditions de l'article 36 Cst. devront alors être respectées²¹⁴.

3. *L'expropriation matérielle*

L'indemnisation des restrictions à la propriété, notamment dans l'institution de l'*expropriation matérielle*, reconnue par le Tribunal fédéral a également recours à la notion de police.

On rappelle que c'est dans les années 1960 que s'est formalisée, par le droit prétorien, l'expropriation matérielle. L'institution a été définitivement reconnue en 1965, en ces termes: «il y a expropriation matérielle lorsque l'usage actuel

210 ETIENNE GRISEL, Liberté économique, p. 206; BLAISE KNAPP, Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie, p. 250 s; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, p. 364 ss.

211 Les régales constituent une forme de biens en possession de l'Etat, caractéristiques de l'époque du droit de police. Elles représentent des monopoles historiques, qui existaient avant 1874, et qui portent sur des biens liés au sol et de quantité limitée (mines, carrières, gravières, charbon, sel, chasse, pêche, force hydraulique). La nature privée ou publique de ces biens est controversée (ATF 44 I 168; ATF 47 I 226; ATF 63 II 48; ATF 90 II 417). Selon le Tribunal fédéral, ce droit n'est pas l'équivalent d'un droit de propriété; il donne par exemple le droit de réguler la pêche, mais pas d'être propriétaire des poissons (*res nullius*) compris dans les eaux publiques (ATF 90 II 422).

212 ATF 124 I 11, p. 15, concernant le monopole d'assurance des bâtiments; ATF 109 Ia 193 concernant le monopole des ramoneurs officiels justifié pour des motifs de protection de l'air; ATF 100 Ia 445, p. 449 concernant un monopole d'affichage.

213 Message du Conseil fédéral relatif à la Constitution de 1999 (FF 1996 I 177).

214 JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale, N° 22 ad art. 27 et N° 20 ad art. 94.

d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint d'une manière particulièrement grave, de sorte que le lésé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires de manière telle que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement»²¹⁵. Puis, dès 1979, l'expropriation matérielle a trouvé un ancrage légal dans la loi fédérale sur l'aménagement du territoire²¹⁶.

Dès 1879, le Tribunal fédéral a posé le principe que les mesures de police constituent des atteintes à la garantie de la propriété, qui doivent être supportées par le propriétaire, sans indemnité, dès lors qu'elles ont pour but de le protéger des menaces à la tranquillité, la santé, la vie, l'ordre public et la moralité. La réserve vaut tant pour les décisions qui restreignent un propriétaire dans ses possibilités d'exploiter son bien-fonds, dans un but de protection du voisinage²¹⁷, que s'agissant des mesures prises pour protéger le propriétaire contre un danger auquel il est lui-même exposé²¹⁸.

La résignation à admettre l'absence d'indemnisation liée aux actes de police a eu pour effet de ne susciter aucune jurisprudence pendant de nombreuses années²¹⁹; cependant, au vu des critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a été par la suite été amené à affiner sa position. Compte tenu de l'élargissement de la notion de «droit de police», il ne devenait plus guère possible de distinguer les situations qui méritaient indemnisation de celles qui ne pouvaient le justifier. Le Tribunal fédéral a alors exposé que la préservation de dangers concrets et immédiats relevant du *droit de police au sens étroit*, constituait un motif qui devait toujours l'emporter sur les autres relevant la participation au bien être commun²²⁰, en ne justifiant pas d'indemnité. Un tel motif peut être présent même lorsqu'il n'existe qu'une relation indirecte avec le bien de police à protégé-

215 ATF 91 I 329, 338 ss (*Barret*), de 1965.

216 Art. 5 al. 2 LAT.

217 En 1879 (ATF 5 388, *Imhof*), le Tribunal fédéral a ainsi confirmé une décision interdisant à l'exploitant d'une tannerie de s'agrandir, sur la base d'une loi cantonale de police sanitaire, en raison des immissions pour le voisinage.

218 Dans ces situations, le Tribunal fédéral n'a jamais remis en cause la non indemnisation. Voir sur ces questions, qu'il a précisées par la suite, ATF 106 Ib 339 (*Aarberg*). La doctrine est également unanime à cet égard (ENRICO RIVA, *Hauptfragen der materiellen Enteignung*, et les références citées en note 50, p. 321).

219 ENRICO RIVA, *Hauptfragen der materiellen Enteignung*, p. 183, relève quelques exceptions dans un arrêt du 23 octobre 1931 (*Cherbulliez*, arrêt non publié) relatif à l'interdiction d'aménager des écuries pour chevaux dans un quartier d'habitation; du 28 mars 1941 (*Daccord*, arrêt non publié cité dans la ZBI 1941, 153) relatif à un ordre de démolition d'une maison délabrée et insalubre; et ATF 87 I 362 (*Staub*), relatif à l'interdiction d'une porcherie.

220 ATF 96 I 128 (*Zwysig*); voir, plus tard, ATF 106 Ib 335 (*Thomann*) et 106 Ib 339 (*Aarberg*).

ger²²¹. Une atteinte uniquement abstraite à une zone de protection des eaux ne suffit pas²²².

Une nuance a été portée, par la suite, entre les mesures qui visent à protéger le propriétaire contre un danger des autres mesures de police au sens étroit. Ainsi, l'interdiction de construire dans une zone d'avalanche²²³ ne fonde en principe pas un droit à une indemnité²²⁴, alors que la mesure d'interdiction de bâtir liée à la protection d'un ouvrage public (captage d'eau) justifie une indemnité, parce qu'il s'agit ici d'organiser le territoire²²⁵.

Il en résulte que, dans le domaine de l'indemnisation des restrictions à la propriété, la notion de police ne peut désormais intervenir à l'appui d'un refus d'indemnisation que pour les dangers qui menacent de manière directe et concrète le propriétaire, à la différence des restrictions imposées pour préserver l'environnement ou le voisinage – par exemple à l'occasion d'une nouvelle loi –, qui elles, peuvent certes aussi poser des questions d'indemnisation, mais au regard des droits acquis.

4. *La clause générale de police*

Dans un domaine marqué par le principe de légalité, l'institution la plus pérenne est sans doute la «clause générale de police»²²⁶. En dérogation à l'article 5 Cst, elle admet que certains actes de l'administration puissent ne pas reposer sur une base légale. Il faut, pour cela, l'existence d'un danger grave et imminent portant sur un bien fondamental de l'ordre juridique, qui ne puisse pas être écarté par les moyens légaux ordinaires, et qui nécessite une intervention immédiate de l'autorité²²⁷. Par ailleurs, selon une jurisprudence plus récente, il convient également que l'on se trouve dans une véritable situation de nécessité, imprévisible²²⁸. Cette dernière condition a été critiquée par la doctrine, parce qu'elle positionne l'autorité face à un dilemme: si l'autorité craint d'agir sans base légale, parce que le danger n'était pas imprévisible, que doit-elle faire en présence d'un danger grave et imminent et la vraisemblance de l'atteinte à un bien protégé, que le législateur n'aurait pas traité? A l'inverse, si l'on suit le raisonnement du Tribunal fédéral, on ne saurait reprocher une inaction ou une to-

221 ATF 96 I 359 (*Frey*), où il était question de la protection de la nappe d'eau souterraine, ce qui justifiait une interdiction d'exploiter une gravière; voir également pour le même type d'atteinte ATF 106 Ib 330 et 106 Ib 336.

222 ATF 105 Ia 330 (*Zizers*).

223 ZBI 1971, 473 (*Davos*).

224 Le Tribunal fédéral réserve une indemnisation fondée sur la responsabilité de l'Etat pour erreur de planification.

225 106 Ib 339 (*Aarberg*).

226 Sur l'historique de cette institution MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, *Die polizeiliche Generalklausel*, p. 4 ss.

227 ATF 134 I 322, p. 331 s.

228 ATF 121 I 22; ATF 85 I 225, p. 234.

lérance de l'administration face à un danger, que le législateur aurait dû prévoir, et qui menacerait un bien juridiquement protégé²²⁹. Cela n'est pas satisfaisant!

L'interprétation cohérente, qui a d'ailleurs été rappelée par le Tribunal fédéral récemment, est celle-ci: des mesures de police ne peuvent en principe pas être ordonnées en présence d'une situation connue du législateur, mais que celui-ci n'a expressément pas voulu réglementer²³⁰; mais il faut réserver les cas de danger sérieux, direct et imminent (art. 36 al. 1 Cst.), notamment ceux qui mettent en péril la vie ou l'intégrité corporelle des personnes (*Polizeinotstand*)²³¹. L'état de nécessité constitue ainsi un cas particulier de la clause générale de police²³². Il joue un rôle important dans le domaine de la prévention des dangers naturels, où le législateur n'a à ce jour réglé que partiellement les obligations de protection à charge de l'Etat. Nous y reviendrons en abordant le principe de précaution.

C'est précisément, parce que la clause de police ne peut autoriser l'autorité à agir sans base légale que lorsqu'il s'agit de protéger des biens fondamentaux²³³, que la doctrine penche pour un champ d'application plus restreint que celui correspondant aux actes de police traditionnels²³⁴.

5. *L'imprescriptibilité des mesures de police*

Un autre effet du droit de police est celui de rendre imprescriptible les mesures à ordonner pour protéger les biens concernés²³⁵. Cette question apparaît surtout dans la gestion des sites contaminés, qui peuvent impliquer des procédures d'assainissement de nombreuses années après l'événement ou l'activité ayant occasionné la contamination du sol, mais elle est également applicable lorsqu'il s'agit de remettre en cause le statut d'une zone ou d'une construction autorisée dans une zone d'avalanche.

229 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 55 N° 10; MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, p. 16 et 17.

230 ATF 130 I 369, p. 381; ATF 126 I 118, p. 118; ATF 121 I 22, p. 27.

231 TF 2C_166/2009 du 30 novembre 2009, cons. 2.3.2.1 et les références citées.

232 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 55 N° 11 ss.

233 A savoir la paix, la vie et la santé, mais aussi les menaces importantes pesant sur des biens environnementaux (MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, p. 14).

234 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 55 N° 10; MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, p. 13 et 14.

235 ATF 114 Ib 44, p. 54; ATF 105 Ib 265, p. 268; SCHERRER KARIN, Handlungs- und Kostentransportpflichten bei Altsanierung, p. 260.

6. L'autorisation de police

L'autorisation (*Polizeiverfügung*, *Polizeierlaubnis*) constitue le moyen classique découlant du droit de police permettant d'assurer un contrôle de conformité au droit des installations, bâtiments, activités pouvant générer des dangers²³⁶. Elle peut conduire à l'autorisation ou l'interdiction d'une activité ou une installation; elle peut être assortie de charges et conditions. Elle supprime une interdiction qui vise non pas à exclure la construction de façon générale, mais à la soumettre à un contrôle préalable, dans un but préventif. Elle prend acte qu'au moment de la décision, aucun empêchement de droit public, résultant notamment des législations sur l'aménagement du territoire, sur les constructions, sur la protection de l'environnement et sur la sauvegarde de la nature et du paysage, ne s'oppose à l'exécution des travaux projetés. Il en résulte aussi que le requérant a le droit d'obtenir un permis de construire lorsqu'il remplit les conditions légales²³⁷. Ainsi, en classant des terrains en zone constructible, on admet que l'Etat garantit aux constructeurs et aux futurs habitants que le terrain n'est pas soumis à des dangers particuliers graves et prévisibles²³⁸; il en découle un droit à obtenir un permis de construire.

L'autorisation exerce un *effet formateur*²³⁹, en ce sens que sans elle, il n'existe pas de droit à entreprendre l'activité ou à construire l'installation en cause. Cependant, la nature du contrôle peut varier; il peut avoir un caractère essentiellement *constatatoire* lorsqu'il s'agit de vérifier que des conditions directement applicables aux particuliers²⁴⁰ sont remplies. On en donne un exemple avec l'article 10 LPE, en matière de protection contre les catastrophes, qui prévoit que: «quiconque exploite ou entend exploiter des installations qui, en cas d'événements extraordinaires, peuvent causer de graves dommages à l'homme ou à l'environnement, doit prendre les mesures propres à assurer la protection de la population et de l'environnement. Il y a notamment lieu de choisir un emplacement adéquat, de respecter les distances de sécurité nécessaires, de prendre des mesures techniques de sécurité, d'assurer la surveillance de l'installation et l'organisation du système d'alerte». Dans une telle situation, le respect des mesures à prendre pour éviter une catastrophe majeure est placé

236 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N° 2452 ss.

237 ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, I, p. 410.

238 MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 1976, nos 132/B/I; BLAISE KNAPP, Précis, n° 647.

239 PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/CHRISTINE GUY-ECABERT, N° 471.

240 Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète, sans qu'une législation d'exécution soit nécessaire (cf. ATF 126 I 240 c. 2b et les références citées; ATF 124 III 90 c. 3a s.; ATF 120 Ia 1 c. 5b; arrêt du Tribunal fédéral 2A.593/2005 du 6 septembre 2006 c. 5.2) ou si elle a un contenu suffisamment déterminé pour préciser les règles à respecter par les personnes visées (ATF 113 Ib 60 c. 3).

sous la responsabilité première du détenteur d'une installation²⁴¹. Il en va généralement ainsi de tous les domaines de risques importants générés par une activité humaine (risque nucléaire, lié à la production d'OGM, de produits thérapeutiques), où l'autorisation de police chapeaute une série de prescriptions, plus ou moins détaillées, qui peuvent prendre la forme de recommandations, de directives, de droit public, mais aussi de normes de droit privées, auxquelles le droit public se réfère, par le renvoi «aux règles de la techniques», par exemple.

A l'inverse, dans nombre d'autres situations où la norme laisse une marge de manœuvre à l'administration, le contrôle de l'autorité aura pour objet principal de fixer l'étendue des droits et obligations de l'administré. Il en va notamment ainsi des décisions dans lesquelles l'autorité sera amenée à déterminer les valeurs limites à respecter, en fonction de la nature de l'installation, du type de nuisances, du respect du principe de proportionnalité, etc.

Cette question exerce une incidence notamment sur le droit de la responsabilité; le rôle de surveillance de l'Etat, par rapport à une activité privée, notamment en relation avec un permis de construire, peut positionner celui-ci en garant²⁴²; mais on évoque plutôt une situation de coresponsabilité, lorsqu'il s'agit d'autoriser une activité à risque, que le détenteur d'une installation est censé mieux connaître²⁴³, cela d'autant lorsque les normes l'invitent directement à prendre des mesures adéquates²⁴⁴.

7. *La révocation des décisions*

Les motifs de police peuvent également intervenir dans la révocation des décisions. Les «biens de police» interviennent alors comme orientation dans la hiérarchie des valeurs à opposer et, généralement, peuvent justifier la révocation d'une décision, sans indemnité; c'est le cas notamment du retrait d'un permis d'habiter ou de la révocation d'un permis de construire dans une zone menacée par les avalanches, cela même si le propriétaire a déjà pris des dispositions et fait usage de son autorisation²⁴⁵.

Un intérêt public important, d'une autre nature, justifie en principe une indemnité, en présence d'une révocation, lorsque le particulier a pris des dispositions irréversibles²⁴⁶.

241 ATF 113 Ib 60 c.3. Voir ALEXANDRE FLUECKIGER, Régulation, dérégulation, autorégulation, p. 166 et PIERRE TSCHANEN, Amtliche Warnungen, p. 378 s, qui relèvent que les recommandations étatiques permettent à l'Etat de se décharger de sa responsabilité au profit de la responsabilité individuelle.

242 JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, p. 243 ss, 272 s et 275 ss; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Die Staatshaftung im Bauwesen, p. 399.

243 JOST PIETZKER, Mitverantwortung des Staates, p. 209 ss.

244 ATF 106 Ib 337; VIVIANE SOBOTICH, Staatshaftung, p. 45 et 126 ss.

245 ZBI 1971, 473; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 389.

246 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 393.

Ainsi, le droit d'obtenir une autorisation de police, ne crée pas un droit subjectif, qui permette de s'opposer à la révocation d'une décision²⁴⁷.

8. *Les assainissements*

Au sens juridique, un assainissement est le fait d'adapter à de nouvelles dispositions plus restrictives, une construction ou installation conforme au droit en vigueur au moment où elle a été autorisée²⁴⁸. Cette opération peut être spontanée ou requise d'office.

Lorsqu'elle est requise d'office, elle peut en réalité être assimilée à la révocation d'une décision, dans les autorisations de durée²⁴⁹.

Le droit de la police des constructions connaît régulièrement de telles situations, dès lors que les prescriptions ne cessent d'évoluer, qu'il s'agisse des exigences techniques, sécuritaires (de protection contre les incendies, par exemple), ou de celles qui visent à organiser le territoire. Désormais, on trouve également de telles dispositions notamment dans la loi sur la protection de l'environnement (art. 16 ss) et dans la loi sur la protection des eaux (art. 80).

Les décisions d'assainissement peuvent être confrontées à la protection de droits découlant des droits fondamentaux.

a) *La protection des situations acquises*

S'agissant d'une autorisation de police, la jurisprudence a posé le principe de la garantie de la situation acquise (*Besitzstandsgarantie*)²⁵⁰, qui découle tant de la garantie de la propriété que de la protection de la bonne foi. Ce principe implique que seul un intérêt public important et une mesure conforme au principe de proportionnalité peuvent permettre de remettre en cause le statut d'une construction édifée de manière conforme au droit en vigueur, cela sans indemnité.

La différence, ici, par rapport à la révocation d'une autorisation de police, qui peut justifier indemnité, selon les cas, est que le législateur a procédé à une pesée des intérêts et considéré que l'intérêt public l'emportait sur l'intérêt privé. Tout intérêt public important, qu'il relève du noyau du droit de police ou couvre des intérêts plus larges, tels ceux liés à l'aménagement du territoire, peut permettre une adaptation d'une installation devenue non conforme au droit, soit d'office, soit à l'occasion d'une modification de l'installation en cause. Cette adaptation peut porter sur des éléments de celle-ci, comme sur l'installation,

247 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 389.

248 On entend par là une nouvelle législation, ou un principe de l'ordre juridique, comme le principe de précaution, etc.

249 ROBERT WOLF, KUSG, N° 40 et 49 ad art. 25.

250 ATF 113 Ia 119 (*Vernier*); ATF 109 Ib 119 (*Guler*); et les références citées par PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, p. 338.

dans son ensemble, avec à la clé, une éventuelle cessation de la poursuite d'exploiter²⁵¹.

Cependant, il est évident que plus l'on s'éloigne d'un motif de police pur, plus le législateur devra se montrer mesuré par rapport aux adaptations requises, qui ne s'imposeront pas toutes d'office. Ainsi, en droit de l'environnement, l'intérêt public ne commandera pas toujours une mise en conformité immédiate, de telle sorte que l'autorité pourra conjuguer avec les délais pour exiger l'assainissement d'installations, afin de tenir compte de leur obsolescence et de leur renouvellement spontané²⁵²; ou prendre en considération les opérations entreprises spontanément par le propriétaire, pour requérir un assainissement simultané (art. 18 LPE).

b) La protection des droits acquis

Le concept de droits acquis remonte à l'Ancien régime; il désigne des situations juridiques que des personnes avaient obtenues sur la base d'un titre particulier, et qui bénéficiaient, dès lors, contre l'appareil administratif Princier, d'une protection judiciaire²⁵³. Ces droits se subdivisent ordinairement en quatre catégories (les droits immémoriaux, les concessions, les droits des fonctionnaires et d'autres situations moins stables quant à leur qualification, qui, pour certaines se confondent avec celles de la situation acquise)²⁵⁴.

Les droits acquis sont des droits qui procurent à leur titulaire une position similaire à la propriété; il en découle qu'ils ne peuvent être limités ou annulés par le législateur qu'aux mêmes conditions que celles prévues pour les atteintes à la garantie de la propriété²⁵⁵.

Dans les premiers temps de sa jurisprudence, alors que la garantie de la propriété n'était pas encore reconnue dans la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral ne reconnaissait comme droits acquis que ceux protégés par le droit civil²⁵⁶. Dans la mesure où le contenu de la propriété est déterminé par d'autres lois, il ne pouvait subir des restrictions. Cette conception était si rigide que pendant trois décennies, elle a mis l'Etat à l'abri de toute obligation d'indemnisation²⁵⁷. Ce n'est qu'à compter de 1929 qu'il a abandonné cette jurisprudence

251 Cette situation est évoquée à titre d'*ultima ratio* par le Conseil fédéral, dans son message relatif à la LPE (FF 1979 III 789) et par la jurisprudence (TF 1A.213/2000 du 21 mars 2001, c. 2 f/aa, ATF 126 II 300 c. 4c/dd; ATF 124 II 219 c. 8b).

252 Art. 17 al. 2 LPE et 11 al. 2 Opaïr.

253 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 20.

254 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 22 s.

255 ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte, p. 33 ss, 127 ss; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N° 1008; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 45 N° 43; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, p. 589 ss.

256 ATF 2 91 (Huber), de 1876.

257 ENRICO RIVA, Hauptfragen der materiellen Enteignung, p. 21.

pour évoluer vers une reconnaissance de droits acquis provenant de droit publics comme privés.

Le Tribunal fédéral admet désormais que la protection des droits acquis peut découler aussi bien de la garantie de la propriété que du principe de la bonne foi et de la confiance. Selon que sont avant tout en cause, dans les relations juridiques considérées, la réglementation de droits réels (voire de droits analogues) ou des rapports de confiance entre l'administré et l'Etat, il faut considérer au premier chef comme décisif, soit la garantie de la propriété, soit le principe de la bonne foi, l'autre droit constitutionnel devant être pris en compte à titre secondaire²⁵⁸.

Dans la majorité des cas, on ne peut pas répondre à la question de savoir si un droit peut être considéré comme un droit acquis en se basant sur une définition abstraite de la notion, mais uniquement en interprétant les normes juridiques pertinentes et les droits constitutionnels, et en se basant sur une pesée d'intérêts. C'est pourquoi plusieurs auteurs jugent la notion de droits acquis comme inutile ou obsolète²⁵⁹. La question de savoir dans quelle mesure le législateur doit prendre en considération les situations juridiques existantes lors de la création de nouvelles normes peut aussi être examinée de manière générale, c'est-à-dire au-delà de l'examen de la notion de droits acquis, sous l'angle de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.).

En réalité, selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral, la protection d'un droit acquis ne va pas plus loin que la protection d'un droit fondamental (garantie de la propriété ou protection de la bonne foi)²⁶⁰; lorsque l'autorité agit par la voie de la décision, c'est le régime classique de la pesée des intérêts qui guidera les restrictions possibles aux situations existantes, conformément à ce qui vient d'être dit pour la révocation et les assainissements²⁶¹; la notion de droit acquis doit être réservée aux situations qui recouvrent en tout ou partie un rapport bilatéral (concession, contrat), dans lesquelles l'administré ne se serait pas engagé librement, sans pouvoir compter sur cet acquis²⁶².

Une atteinte aux droits acquis ne requiert pas systématiquement une indemnisation. Selon la doctrine, une telle indemnisation se justifie dans tous les cas lorsque l'autorité prend une décision (par exemple de rupture du contrat) dans son propre intérêt. En revanche, lorsque l'autorité intervient en exécution d'une législation qui prévoit une intervention sur les droits acquis, notamment à l'occasion d'un assainissement, c'est au législateur de traiter la question, en fonction

258 ATF 132 II 485, p. 513; ATF 128 II 112, sp. 125; 118 Ia 245 c. 5a; ATF 106 Ia 163 c. 1b; René Rhinow/Beat Krähemann, *Schweizerische Verwaltungsverwaltungsrecht, Ergänzungsband*, n. 122 III p. 366.

259 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, p. 24; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, p. 116, 165; ALFRED KÖLZ, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, p. 187.

260 ATF 127 II 69, p. 75.

261 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, p. 24.

262 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 45 N° 45.

de l'ampleur des atteintes à ces droits. La rentabilité économique des investissements doit être préservée; aussi, lorsque cela n'est pas possible, on doit renoncer à l'adaptation requise par le nouveau droit ou indemniser²⁶³. C'est bien sur ce mode qu'est réglé l'article 80 LEaux, qui, à son alinéa 1, prévoit des mesures d'assainissement sans dédommagement, lorsque les droits d'utilisation ne sont pas touchés au point de le justifier, parce que les impacts sur l'exploitation sont économiquement supportables²⁶⁴, et avec dédommagement, lorsque l'atteinte est plus importante et que des motifs d'intérêt public prépondérants l'exigent (al. 2). On se trouve alors en situation d'expropriation formelle et non matérielle.

D'une manière générale, en matière de droits acquis, il convient cependant de réserver les motifs de police au sens étroit, qui ne permettent jamais indemnisation, que l'atteinte soit portée au droit de propriété ou à la garantie de la bonne foi, sous réserve de situations exceptionnelles où l'on pourrait reprocher à l'autorité une erreur, notamment parce qu'elle connaissait le motif de police au moment où le droit acquis a été accordé²⁶⁵.

C. La protection contre les dangers et les risques

I. La notion de danger et de risque

D'une manière générale, on définit le *danger* comme un «état de fait dans lequel existe, d'après le cours ordinaire des choses, une vraisemblance ou un certain degré de vraisemblance qu'un bien juridiquement protégé soit lésé»^{266, 267}, à moins qu'une aide extérieure ne se produise²⁶⁸. On peut, dans ce contexte, envisager différentes sortes de dangers:

- le danger naturel, lié à des «catastrophes naturelles», ce par quoi on entend des phénomènes dont les conséquences pour les particuliers ne peuvent être maîtrisées sans aide extérieure²⁶⁹,
- les dangers sanitaires, tels que les épidémies²⁷⁰, les risques alimentaires,

263 ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte, p. 98 ss, 126.

264 ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte, p. 158 ss.

265 ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte, p. 121 ss.

266 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 67; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 105; BILL DREWS/GERHARD WACKE/KLAUS VOGEL/WOLFGANG MARTENS, Gefahrenabwehr, p. 220; JEAN-MICHEL BRAHIER, Installations dangereuses, p. 73 et les références citées; JÜRGEN NEF, Haftpflicht und Versicherungsschutz des Bergsteigers, p. 41.

267 Par bien juridiquement protégé, on entend les biens qui concourent à la sécurité et l'ordre publics (CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, p. 31 note 11).

268 PAUL-HENRI MOIX, La prévention ou la réduction d'un préjudice, p. 30. Voir également CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, p. 30.

269 MICHAEL BÜTLER, Gletscher, p. 169.

270 Dans ce contexte, l'exemple le plus récent est celui de la vache folle qui a nécessité diverses mesures de régulation de la part de la Confédération et suscité un développement de la jurisprudence

- les dangers liés aux comportements humains (émeutes, violence, etc.) et à certaines activités (médecine, transports, etc.),
- les dangers environnementaux, liés à l'exploitation d'ouvrages ou d'installations,
- les dangers liés à des activités économiques, tels que les crises financières.

Des biens juridiquement protégés doivent être menacés ou subir un dommage. Une simple inconvénience ne suffit pas²⁷¹.

La notion de *risque* est quant à elle plus large. Elle est très ancienne. Si elle n'apparaît qu'indirectement, en droit grec et romain²⁷², elle trouve ses racines, juridiquement, vraisemblablement au 13^e siècle en relation avec les dangers présentés par le milieu marin²⁷³; elle est reprise tant par le droit public que le droit privé, dans une notion évolutive du «danger».

Le risque réside dans le fait «qu'en raison d'une incertitude ou d'un manque de connaissance, la vraisemblance d'un dommage ne peut pas être écartée de manière sûre»²⁷⁴.

Le concept est le plus souvent évoqué en relation avec l'exploitation industrielle et les progrès technologiques. Cependant, les dangers naturels, qui se produisent indépendamment de toute activité anthropique, entrent également dans la notion de risque et constituent même une préoccupation majeure.

Quelques textes font actuellement référence à la notion de risque. Ainsi, l'OPAM²⁷⁵ retient le risque comme étant déterminé «par l'ampleur des dommages que subirait la population ou l'environnement à la suite d'accidents majeurs, et par la probabilité d'occurrence de ces derniers»²⁷⁶. Quant à l'ODE²⁷⁷, régissant l'utilisation d'organismes, de leurs métabolites et de leurs déchets, en particulier l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés, pathogènes ou exotiques, elle caractérise le risque comme étant «défini par l'ampleur des dommages qui pourraient être causés aux objectifs de protection (désignés par l'or-

en relation avec la responsabilité de l'Etat et l'application de principes tels que celui de la proportionnalité, du développement durable et de la précaution.

271 CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, p. 31 et les références citées; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 106.

272 Voir DAVIDE CERUTTI, p. 31 ss, qui relève que le droit antique ne connaissait pas la théorie générale de l'imprévu et de l'imprévision, mais que les origines du principe de prudence remontent à Aristote, selon lequel la prudence vise la justesse du choix de l'action: ni trop ni trop peu. Par ailleurs, en droit romain, on connaît les balbutiements de la *clausula rebus sic stantibus* dont les sources peuvent être recherchées dans les philosophes et écrivains tels que Cicéron ou Sénèque.

273 PETER NOBEL, Der Risikobegriff und rechtliche Risiken, p. 8.

274 CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, p. 44 et les références citées.

275 Art. 2 al. 5 OPAM.

276 Voir également l'annexe 4, art. 2.2, al. 1 ODE, notamment.

277 Ordonnance fédérale du 10 septembre 2008 sur l'utilisation d'organismes dans l'environnement (Ordonnance sur la dissémination dans l'environnement, ODE), RS 814.911.

donnance) et par la probabilité d'occurrence de ces dommages»²⁷⁸. La relation entre le dommage et le risque n'est ici plus fondée sur un seuil de vraisemblance mais sur l'équation suivante: l'ampleur des dommages pouvant survenir, multipliée par une certaine probabilité, est équivalente au risque.

La notion de risque est par ailleurs évoquée à divers titres de manière plus nuancée selon que le risque est *certain* ou *avéré* (parce que la relation de causalité entre un événement et un dommage peut être établie), que le risque est *résiduel*, parce que restreint à une mesure acceptable ou admissible socialement²⁷⁹ ou que le risque est *incertain* (soit qu'il existe une incertitude scientifique quant à la survenance d'un dommage, soit que la probabilité du risque ne soit pas calculable). Dans ce dernier cas de figure, on peut citer pratiquement toutes les nouvelles technologies pouvant exercer une incidence sur l'homme ou l'environnement, comme les nanotechnologies, dont on n'est pas en mesure d'évaluer les effets potentiellement néfastes ou les OGM; les modifications climatiques répondent également à la même incertitude, puisque, d'une part, l'incidence des activités anthropiques sur le réchauffement climatique est contestée, et que, d'autre part, on ignore de combien serait cette part au réchauffement.

Enfin, la notion de «*risque acceptable*» évoque celui que l'on admet de gérer; il ne s'agit donc pas nécessairement d'un risque qui peut se produire sans causer de dommages, notamment en matière d'accidents majeurs; il peut en occasionner, mais on convient de s'organiser en conséquence pour éviter qu'il se produise et le traiter au mieux, le cas échéant.

II. Les situations génératrices de danger

1. Les activités de l'Etat pouvant occasionner un danger

Le rôle de l'Etat en matière de prévention des dangers est tout d'abord lié à son obligation de ne pas produire, dans sa propre activité, des dommages. Que l'on pense à l'usage du domaine public routier, aux interventions de la police en cas d'émeute, à l'octroi d'une concession pour la construction d'un barrage hydro-électrique, ou à la vaccination obligatoire²⁸⁰, ces différents scénarii (actes matériels ou décisions) peuvent tous occasionner des dommages, dans l'exécution d'une tâche publique qui consiste soit à fournir une prestation en infrastructures, soit à préserver la population d'un danger plus grave que le risque collatéral.

La question de l'indemnisation, en droit public, se posera en des termes différents dans chacune de ces situations (l'art. 58 CO est applicable pour la responsabilité liée à un ouvrage, alors que l'on se référera au régime de la respon-

278 Ch. 2.2 al. 1 annexe 4 ODE.

279 DETEC (Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication), décision 519.2/51 du 12 septembre 2002, c. 2.3.4.5.

280 ATF 129 II 353.

sabilité pour acte illicite ou licite de la collectivité publique et de ses agents dans les deux autres cas précités).

2. *Les activités des personnes privées pouvant occasionner un danger*

Nombre d'activités privées sont génératrices de dangers que le droit de police, depuis longtemps, soumet à surveillance, voire à une autorisation préalable (permis de construire, permis d'exploiter, etc.).

Alors qu'il n'existe pas d'obligation de police générale du citoyen – si ce n'est celle de ne pas troubler –, en matière de prévention du risque créé par son entreprise (un projet de construction dans une zone à risque, une installation dangereuse), il peut être tenu à des obligations positives de protection contre les dangers, qui ne se limitent plus à une abstention.

Le développement du droit public, correspond ici à celui de la responsabilité objective, en droit privé, et aux exigences posées par la jurisprudence à l'égard de tous ceux qui exercent une activité, qui détiennent ou qui utilisent une chose, de nature à causer un dommage à autrui (*Gefahrensatz*)²⁸¹: il s'agit d'un principe non écrit, reconnu depuis longtemps comme une norme générale du droit et qui impose de prendre les mesures commandées par les circonstances, pour garantir les tiers contre un dommage²⁸².

Ces obligations de prévention sont désormais formalisées dans la loi, et font partie du développement de l'ère du droit de la sécurité technique²⁸³.

3. *Les dangers naturels*

Des glissements de terrains, l'éboulement d'un glacier, de fortes intempéries, des cyclones, des chutes de pierres, des avalanches, des crues, des tremblements de terre, constituent tous des événements naturels, plus ou moins imprévisibles, qui peuvent menacer des biens ou des personnes. Ces phénomènes, qui peuvent être à l'origine de «catastrophes naturelles», locales ou régionales, prennent de l'ampleur, ces dernières années, dans la mesure où ils sont pour certains liés aux modifications climatiques (réchauffement climatique), pour d'autres liés à une urbanisation trop intensive, qui favorise l'exposition aux risques (avalanches, inondations dues à la perméabilisation du sol, etc.).

Ces risques sont *purement naturels* lorsqu'ils se produisent indépendamment d'une activité humaine exerçant une incidence directe; ils peuvent aussi avoir pour origine *une activité de l'homme*.

A la différence des risques évoqués précédemment, la question qui se pose en présence d'un danger purement naturel est celle de savoir s'il existe une obli-

281 FRANÇOIS GILLIARD, Vers l'unification du droit de la responsabilité, p. 193 ss, sp. 202.

282 ATF 57 II 165.

283 Sur ce terme, CHRISTOPH ERRASS, Katastrophenschutz, p. 33.

gation de quiconque²⁸⁴ de protéger autrui contre les dommages qui peuvent leur être liés, qu'ils se produisent régulièrement ou non, et de manière imprévisible ou pas. Selon le principe du «*casum sentit dominus*», chacun supporte les risques liés à un bien, notamment ceux liés au hasard. Cependant, il faut admettre que dans de multiples situations, le risque naturel est de moins en moins perçu comme une fatalité, cela tant en raison de l'urbanisation autorisée à proximité de situations à risques – qui nécessite en principe protection –, que de l'évolution des connaissances et de la technique, qui permet désormais d'anticiper le risque, dans bon nombre de cas. Plus une construction (par exemple une route) est exposée à des risques directs, tels que des chutes de pierres ou des glissements de terrains, au vu de la modification du terrain naturel qu'elle engendre, plus cette obligation de protection sera élevée²⁸⁵.

La législation de droit public se fait de plus en plus l'écho de cette évolution, en assignant à la Confédération ou aux Cantons des obligations de protection contre de tels dangers²⁸⁶, par des moyens divers qui impliquent généralement une cadastration des événements potentiellement dommageables et leur classement dans l'échelle des risques, en vue de prendre des mesures (de planification, ou de rétention des dangers). Dans une telle configuration, se posera la question de savoir jusqu'où il incombe à la collectivité de prendre ou d'ordonner de prendre des mesures de protection telles que digues contre les crues, les

284 La question se pose non seulement eu égard au rôle de l'Etat, mais également du point du vue du particulier. Selon la jurisprudence, des effets ayant pour cause des événements exclusivement naturels ne tombent pas sous la notion d'excès de droit de propriété (ATF 93 II 237 c.3c); ainsi, le comportement passif d'un propriétaire de parcelle laissant subsister un état de choses dangereux sur sa parcelle (par ex. une paroi de rochers friables, un glissement de terrain), ne paraît pas entraîner une responsabilité du propriétaire, si tant est que l'état de choses dangereux n'ait sa cause que dans un phénomène naturel (ATF 91 II 484 c.6); il en va autrement si le propriétaire a contribué à l'apparition du danger naturel.

285 ANNE-CHRISTINE FAVRE, La notion de force majeure, p. 194.

286 Quelques lois tendent à éviter de permettre que la réalisation de ces dangers puissent porter dommage à la population ou à des biens; elles comportent des obligations de *prévention des dangers naturels*. Il en va notamment ainsi de la *loi fédérale sur les forêts* (LFo, RS 921.0), qui précise, à son art. 19, que «là où la protection de la population ou des biens d'une valeur notable l'exige, les cantons doivent assurer la sécurité des zones de rupture d'avalanches ainsi que des zones de glissement de terrains, d'érosion et de chutes de pierres et veiller à l'endiguement forestier des torrents. Des méthodes aussi respectueuses que possible de la nature doivent être utilisées»; la *loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau* (LACE, RS 721.100) a pour but de protéger des personnes et des biens matériels importants contre l'action dommageable des eaux, en particulier celle qui est causée par les inondations, les érosions et les alluvionnements (protection contre les crues) (art. 1 al. 1); enfin, d'une manière générale, la *loi fédérale sur l'aménagement du territoire* (LAT, RS 700), à son art. 6 al. 2, prévoit que les cantons désignent les territoires gravement menacés par des forces naturelles ou par des nuisances dans leur plan directeur, disposition très générale qui invite les autorités planificatrice à inventorier les dangers préalable-ment à une planification en zone constructible.

Par ailleurs, la *loi fédérale*, du 4 octobre 2002, *sur la protection de la population et sur la protection civile* prévoit des obligations d'intervention urgente, en cas de catastrophe naturelle ou anthropique, «afin de limiter et maîtriser les effets d'événements dommageables» (art. 2).

avalanches, mais aussi d'adopter d'autres mesures dans l'urgence, telles que l'information, l'évacuation de la population, etc.

Lorsque des dangers liés aux forces de la nature ont pour origine *une activité de l'homme*, la situation juridique se présente en des termes différents. On vise par là les cas où une inondation est causée par la rupture d'un barrage, d'une canalisation²⁸⁷, un séisme est engendré par un forage dans le contexte d'un projet de géothermie²⁸⁸, soit des ouvrages qui ont pour fonction d'utiliser les forces de la nature dans le cadre d'une exploitation²⁸⁹, ou les activités dangereuses, telles celle du skieur, qui déclenche une avalanche, en s'aventurant sur des pentes non balisées. De telles situations peuvent exposer la population à une catastrophe naturelle, mais il est bien évident que la responsabilité s'appréciera selon les règles propres à l'acte en cause (responsabilité de l'Etat, du concessionnaire, de la personne privée, etc.).

III. La protection contre les dangers (*Gefahrenabwehr*)

1. *Quelles obligations d'agir à charge de l'Etat?*

a) *La mission générale*

La *protection contre les dangers* constitue l'une des premières tâches caractérisée du droit administratif, cela déjà de longue date; il s'agit par là de préserver la population d'atteintes à la santé, de la précarité, des incendies et de gérer la police des constructions²⁹⁰. En somme, chaque fois qu'un bien de police est menacé, l'autorité a, en principe, un devoir d'agir²⁹¹.

S'il s'agit incontestablement, dans les premiers temps de protéger les biens de police au sens étroit, désormais, cette limitation n'a plus cours, dès lors que la législation définit le spectre des objectifs à atteindre; la protection de l'environnement, en tant que tel, en fait souvent partie.

Il est certain également que la protection contre les dangers naturels fait désormais largement partie des risques à gérer, lorsqu'ils peuvent porter atteinte à des biens de police. Peu importe que l'Etat agisse en vertu de son pouvoir de domanialité sur les glaciers, sur les eaux publiques, ou en vertu de son droit de police. Indépendamment des obligations de veiller à de tels dangers dans la planification, il peut exister des situations où la seule menace portée à de biens des police doit inviter la collectivité à engager les moyens nécessaires pour parer à

287 TF 6B_338/2008 /2009 et 6B_305/2008, du 7 janvier 2009 (conduite liée à la Grande Dixence).

288 On se réfère ici au projet «deep heat mining» qui a occasionné des séismes à Bâle, en 2006, au moment des forages.

289 A la différence des ouvrages qui ont pour objectif de prévenir les dangers naturels (comme les digues).

290 BENJAMIN SCHINDLER, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht, p. 6 s.

291 ATF 60 I 121 s; GERHARD SCHMID, Rechtsfragen bei Grossrisiken, p. 44; DIETRICH MURSWIEK, Die staatliche Verantwortung, p. 276 ss.

des dommages: récemment, à St-Gervais, en France, des drainages onéreux de l'eau sous-glacière ont été entrepris dans le Massif du Mont Blanc, pour éviter la formation d'une poche d'eau qui menaçait 9000 personnes. Le coût de ces travaux a été financé en partie par l'Etat, en partie par les collectivités locales et pour le reste par un fonds dédié aux catastrophes naturelles.

Sans que l'on puisse, dans ces lignes explorer la question d'un *droit fondamental à la sécurité*²⁹², il est clair que les citoyens sont en droit d'attendre une telle prestation de l'Etat, en matière de sécurité, lorsqu'il s'agit de maintenir une situation leur permettant d'exercer librement leurs droits et libertés²⁹³. La mission de protection est d'ailleurs de moins en moins soumise à une pure décision d'opportunité; en revanche, il peut exister un pouvoir d'appréciation sur le moment de l'intervention et les moyens à mettre en oeuvre, qui, finalement, donne à l'administration une marge de manœuvre assez large.

b) Les mesures de protection contre soi-même

La protection contre les dangers peut impliquer de protéger les gens contre eux-mêmes, à savoir malgré leur accord de s'exposer à un risque. Une limite est à tracer par rapport au respect de la sphère privée: il y a quelques années, l'obligation pour le conducteur de voiture de s'attacher à une ceinture de sécurité a fait l'objet de débats; plus récemment, il en a été de même concernant l'exposition à la fumée passive; aujourd'hui, on constate le même problème s'agissant de la protection contre le bruit ou contre des dangers naturels; jusqu'où peut-on admettre qu'une personne s'expose sciemment à des nuisances ou un danger que l'Etat est tenu de gérer?

Ce qui est décisif c'est non pas la question de savoir combien de personnes sont exposées à un risque, mais la nature de ce danger et si la collectivité doit raisonnablement en préserver les personnes concernées²⁹⁴.

Plusieurs arrêts récents montrent que le principe est appliqué avec rigueur; en matière de protection contre le bruit, dans des situations où il s'agissait de déterminer les possibilités d'octroi d'une dérogation à des propriétaires de parcelles situées en zone à bâtir, des refus ont été prononcés en considérant l'intérêt prépondérant à veiller à la protection contre le bruit:

Dans une commune du Canton de Genève, fortement exposée au bruit des avions (entre 5 et 8 dB de dépassement), le Tribunal fédéral a confirmé le refus d'octroi de la dérogation demandée. Il a à cet égard précisé que l'autorité cantonale jouit d'une certaine marge de manœuvre dans la notion d'intérêt prépondé-

292 Voir JOST GROSS, Staatshaftung, p. 245 et les références citées.

293 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 486.

294 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2441 ss; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 500 s.

rant primant celui à la protection contre le bruit, ce qui explique les différences de pratiques entre les autorités zurichoises et genevoises. Ainsi, contrairement aux autorités zurichoises, les autorités genevoises ne considèrent pas à lui seul comme un intérêt prépondérant la réalisation de logements visant à combler une brèche dans le milieu bâti. Elles mettent au contraire cet élément en balance avec l'importance du dépassement des valeurs limites d'immission et l'intérêt de la population à ne pas être exposé à un bruit dépassant les normes. Pareille démarche est conforme à l'article 31 alinéa 2 OPB. [...] Les autorités cantonales disposent d'un important pouvoir d'appréciation dans l'octroi d'une dérogation fondée sur l'article 31 alinéa 2 OPB dont le Tribunal fédéral doit tenir compte lorsqu'il est appelé à revoir l'application faite de cette disposition. Elles pouvaient, sans excéder leur pouvoir d'appréciation, faire prévaloir les impératifs de santé publique que visent à préserver les règles relatives aux valeurs limites d'immission sur celui du recourant à pouvoir réaliser deux villas jumelées sur sa parcelle. L'atteinte portée au droit de propriété du recourant doit être relativisée puisque celui-ci conserve la possibilité d'édifier sur la surface constructible disponible de sa parcelle une construction abritant des activités sans nuisances qui ne nécessite pas de dérogation fondée sur l'article 31 alinéa 2 OPB²⁹⁵.

Lorsque le dépassement est plus faible, la marge de manœuvre peut plus facilement plaider en faveur de l'intérêt du propriétaire²⁹⁶.

2. *Le problème de la densité normative des obligations de protection*

a) *La légalité des actes de police*

S'il y a obligation d'agir, c'est qu'un texte l'impose. A défaut de fondement légal, on ne pourra reprocher à l'Etat une omission d'agir, engageant son obligation de réparer.

On a vu que les actes de police administrative reposent sur le principe de légalité, l'autorité n'intervenant que si une base légale le prévoit. Aussi, ces obligations de protection sont désormais en principe intégrées dans la législation cantonale ou fédérale, selon les domaines de compétence²⁹⁷. Le recours à la clause générale de police doit rester exceptionnel²⁹⁸.

295 TF 1C_196/2008 du 13 janvier 2009 c. 2.5 = DEP 2009 500.

296 TF 1C_40/2009, c. 4.2.2, où cette dérogation a été admise compte tenu du faible dépassement sur certaines fenêtres (0,8 dB) et de l'intérêt à la construction de logements pouvant être aérés naturellement, dans le secteur.

297 La sécurité publique est assurée avant tout par le droit pénal et celui de la poursuite pénale, dont les compétences législatives sont fédérales (art. 123 al. 1 Cst.); en ce qui concerne la sécurité intérieure, les compétences sont partagées en la Confédération et les cantons (art. 57 al. 1 Cst.). La protection contre les dangers divers (*Gefahrenabwehr*) relève avant tout des compétences législatives des cantons, avec quelques compétences spéciales en faveur de la Confédération, notamment s'agissant de l'armée (art. 58 al. 2 Cst.); mais il est admis que la Confédération a le droit d'édicter des mesures spéciales de police lorsque cela est nécessaire à l'exécution du droit maté-

Sans cela, l'Etat deviendrait un organe surprotecteur, qui devrait veiller à ce qu'aucun des biens précités ne soit jamais lésé, ce qui est bien évidemment impossible. On vient de faire référence ici au problème des *moyens*, qui doit étroitement être lié à celui de la marge de manœuvre dans le principe d'action.

Le cas est surtout flagrant en matière de prévention des dangers naturels où les obligations à charge de l'Etat restent souvent floues: quelles sont les obligations de protection des villages situés en aval d'un glacier, dont une poche d'eau menace de percer, dans l'exemple cité peu avant? Quelles sont les obligations de préserver la population d'un astéroïde?

Il apparaît de plus en plus qu'au-delà de la précision de la norme, c'est également l'évolution des connaissances scientifiques, mais aussi des moyens techniques à disposition, qui délimiteront les obligations d'agir à charge de l'Etat²⁹⁹.

b) Une densité normative «suffisante»

La norme fondant une compétence en matière de droit de police doit être suffisante, accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets³⁰⁰. D'une manière générale, en ce domaine, le principe de la légalité présente des exigences élevées quant à la densité normative (*Normdichte*). Seules des raisons objectives, comme l'impossibilité de libeller une norme à contenu déterminé ou un besoin impérieux permettent de réduire la densité normative. L'argument de l'imprévisibilité ou de la complexité importante d'un acte de police ne peut être invoqué que restrictivement pour la légitimation d'une norme indéterminée; cela même eu égard à des catastrophes importantes (actes de terrorisme, accident majeur lié à une installation, danger naturel, etc.)³⁰¹.

Force est de constater que cette densité normative n'est pas toujours respectée: la norme peut nécessiter interprétation, et renvoyer, en fin de compte à la définition indéterminée des biens de police, de telle sorte que le champ des obligations reste particulièrement vague:

Ainsi, l'article 1 al. 1 de la *loi sur la police cantonale vaudoise*³⁰², qui indique que la police cantonale «a pour mission générale d'assurer, dans les limites de la loi, le maintien de la sécurité et de l'ordre publics».

riel qui entre dans ses compétences, de même qu'elle a le droit de prendre les mesures nécessaires à sa propre protection et celle de ses institutions et organes (ATF 117 Ia 202, p. 216) (CHRISTIAN LINSI, *Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes*, p. 467 ss.).

298 RAINER J. SWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung*, p. 383 et les références citées.

299 Cf. infra ch. B.V.2.

300 ATF 132 I 49, c. 6.2; ATF 130 I 1, c. 3.1; ATF 129 I 161, c. 2.2; ATF 128 I 327 c. 4.2; ATF 125 I 361, c. 4a; ATF 109 Ia 273, c. 4d.

301 RAINER J. SWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung*, p. 384 et les références citées.

302 RSV 133.11.

Lorsque les mesures à adopter impliquent des restrictions à des droits fondamentaux, la marge de manœuvre laissée à l'autorité peut poser problème, surtout lorsque les actes de prévention n'interviennent pas en situation d'urgence. En matière de préservation d'un danger, il s'agit à la fois de respecter les garanties et libertés individuelles, de telle sorte qu'on ne les heurte pas de manière trop importante; l'Etat doit en quelque sorte éviter de «surprotéger»³⁰³, de même qu'il doit éviter de porter de manière disproportionnée atteinte à des droits fondamentaux, en cherchant à protéger une partie de la population. Il s'agit également de préserver les biens de police au sens strict, tels que vus ci-dessus et pour autant qu'il existe un danger concret³⁰⁴ (vie, santé, etc.) ou les biens matériels (les biens de l'Etat³⁰⁵, infrastructures, bâtiments, etc., mais aussi les biens privés menacés³⁰⁶); or, cet objectif peut nécessiter le recours à des normes juridiquement indéterminées. Il en résulte une marge d'appréciation qui peut être importante, selon les situations, ce qui affaiblit la référence à la norme; dans ces situations, la diminution de densité normative doit être compensée par le respect des principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de l'intérêt public, ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire³⁰⁷.

Par ailleurs, dans les situations où les circonstances d'intervention ne peuvent être précisées, il s'agira alors d'indiquer les tâches et moyens à mettre en œuvre. Les législations récentes sur les mesures à prendre en cas de catastrophes d'origine naturelle ou anthropique montrent que ces tâches peuvent être extrêmement diversifiées et tendre à protéger des biens qui relèvent du droit de police classique, comme les biens environnementaux ou culturels. On cite ici l'article 15 de la *loi sur la protection de la population vaudoise*³⁰⁸, prise en application de la *loi fédérale*, du 4 octobre 2002, *sur la protection de la population et sur la protection civile* (LPPCi)³⁰⁹:

Art. 15 Tâches

¹ Les autorités accomplissent notamment les tâches suivantes:

- donner l'alerte et transmettre l'alarme à la population;
- protéger, sauver et prêter assistance à la population;
- soigner et assister les personnes blessées ou malades;
- accueillir et prendre en charge les personnes sans abri ou en quête de protection;
- informer les autorités et la population;
- ravitailler la population en biens d'importance vitale;
- garder des voies de circulation praticables;

303 ATF 132 II 305 ss..

304 ATF 92 I 24; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, II, p. 598; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 53 ch. 3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, § 2431.

305 ANDREAS JOST, *Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs*, p. 20.

306 ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, I, p. 598.

307 ATF 122 I 267, p. 272.

308 RSV 510.11.

309 RS 520.1.

- assurer l'exploitation des moyens de communication;
- assurer les travaux de voirie et maintenir la salubrité publique;
- limiter les dommages collatéraux aux biens culturels et à l'environnement;
- assurer la sécurité et l'ordre publics;
- maintenir le fonctionnement du système éducatif;
- garantir les activités gouvernementales et administratives.

En parcourant l'ensemble de la législation sur la protection de la population contre les catastrophes, on constate qu'à aucun moment le danger à combattre n'est défini précisément. Compte tenu des multiples facettes que peuvent prendre les situations de risques, la norme peut rester vague, tant quant aux obligations d'intervention qu'en ce qui concerne les mesures, afin d'être adaptée aux circonstances de la situation³¹⁰.

IV. Les principes d'action

1. *Le principe de l'opportunité, selon le droit de police classique*

Selon le droit de police classique, c'est le principe de l'opportunité qui domine, en ce sens que les autorités sont habilitées à agir, en vue de prévenir un dommage, mais non contraintes de le faire³¹¹.

Dans le droit de police moderne, la législation invite de plus en plus l'autorité à une obligation d'agir, même en situation d'incertitude quant au risque (c'est ce qu'exprime le principe de précaution), cela notamment en raison de l'impuissance des individus face à certains dangers. Si les autorités restent maître de la manière d'agir, et disposent d'un pouvoir d'appréciation étendu à cet égard, elles doivent tenir compte de la nature du bien protégé, de l'importance du danger et de l'ensemble des circonstances du cas particulier³¹². Le principe de proportionnalité joue un rôle majeur.

2. *Le principe de prévention*

Le principe de prévention n'est pas propre au droit de l'environnement. L'ensemble des mesures anticipatrices du droit de police classique montrent que des mesures de protection préventives pouvaient être exigées du détenteur d'une installation, pour éviter ou limiter les dommages potentiels. Ce principe a longtemps été compris comme étant implicitement lié à la protection contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, à tel point qu'il n'était pas exprimé dans le premier article constitutionnel donnant compétence à la Confédération

310 ATF 132 I 49, c. 6.2 et 6.3; ATF 128 I 327, c. 4.2.

311 TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 56 N° 21.

312 ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2445 ss; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 55, N° 10 ss.

de légiférer sur l'environnement (art. 24^{septies} aCst.). Il a été formulé dans la loi sur la protection de l'environnement à l'article 1 alinéa 2 LPE et 11 LPE, en matière d'atteintes telles que le bruit, les pollutions, les vibrations, les rayons, puis dans la nouvelle Constitution de 1999 à l'article 74 alinéa 2 Cst.

L'article 1 alinéa 2 LPE met en évidence le fait que la prévention des atteintes nuisibles ou incommodes doit avoir lieu assez tôt, alors que l'article 11 LPE indique que ces mesures doivent être prises à la source (al. 1) et, selon le critère de ce qui est «économiquement supportable», qu'il s'agisse de mesure conformes à l'état de la technique ou d'exploitation, cela, indépendamment des nuisances existantes (al. 2). Ce principe, dont la portée a suscité un développement important dans la jurisprudence et la doctrine, est désormais bien ancré dans la pratique environnementale³¹³. Le recours à la notion de «mesure économiquement supportable» transparaît d'ailleurs dans l'ensemble de la loi sur la protection de l'environnement³¹⁴ et de la législation environnementale, en général³¹⁵.

Lorsqu'on le différencie du principe de précaution, le principe de prévention, qui correspond à la terminologie de «*Vorbeugeprinzip*», en droit européen, invite à prendre en compte les risques certains, ce par quoi on entend, ceux dont les effets sont connus. De ce principe découlent différents instruments juridiques, tels que les procédures d'autorisation et d'évaluation des incidences (études d'impact), les seuils de nuisance et l'obligation de recourir aux meilleures technologies disponibles. Dans certains secteurs, le principe de prévention constitue un objectif, par exemple, en matière de gestion des déchets, où la loi invite avant tout à réduire la masse de ceux-ci (art. 30 al. 1 LPE).

Le principe de prévention est devenu l'instrument caractéristique du droit de l'environnement, en raison de l'évolution des connaissances et des techniques. C'est ce contexte qui fait que l'on a pu passer d'un régime de prévention des dangers – avec une action souvent confinée à l'urgence –, à celui d'une véritable politique de réduction des situations d'atteintes³¹⁶, cela sans attendre que le niveau des nuisances devienne insupportable. Par ailleurs, l'action préventive ne conduit par à une situation sans atteintes; il s'agit uniquement de limiter celles-ci par les critères précités et pour autant que l'on ne se heurte pas aux limites fixées par le principe de proportionnalité; il faut que la mesure de ré-

313 ATF 133 II 169, c. 3.2; ATF 131 II 431 c. 4.1; ALAIN GRIFFEL, Grundprinzipien, N° 70 ss; DOMINIK KOEHLIN, Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz; ALEXANDER ZÜRCHER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung; JACQUES DUBEY, La limitation préventive des atteintes à l'environnement, p. 115 ss.

314 Par exemple, au moins implicitement dans le cadre des mesures à prendre pour éviter une catastrophe (Art. 10 al. 1 LPE; explicitement à l'art. 3 OPAM), dans la gestion des déchets (art. 30 al. 1 LPE), ou celle des atteintes au sol (art. 34 al. 1 LPE).

315 Voir notamment l'art. 89 al. 5 Cst., relatif à la politique énergétique, l'art. 10 de la fédérale loi sur la pêche, implicitement dans l'art. 80 LEaux (ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte, p. 161 ss), ainsi que diverses ordonnances.

316 ATF 113 Ib 60 c. 3b; BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht I, p. 45.

duction des nuisances soit encore apte à produire un effet au regard du rapport coût-bénéfice (*Bagatellfall*)³¹⁷.

Le principe de prévention des atteintes se caractérise aussi par une intervention «plus sévère» en matière de limitation des émissions, lorsqu'il y a lieu de craindre des atteintes nuisibles ou incommodantes; ce second niveau d'intervention, inscrit à l'article 11 alinéa 3 LPE, transparait également dans les autres domaines de la LPE³¹⁸. Les mesures sont alors ordonnées selon ce que permet le principe de proportionnalité³¹⁹. La portée de cette disposition sera examinée avec le principe de précaution.

3. *Le principe de précaution*

a) *Définition*

Tirant ses origines du droit international³²⁰, le principe de précaution marque un tournant de plus dans l'appréhension des risques; il s'agit de tenir compte du fait que l'activité de contrôle des dangers est désormais empreinte du doute lié aux controverses scientifiques dès la fin du XX^e siècle. Ces questions sont particulièrement présentes à propos de la politique environnementale, parce que la complexité des phénomènes et la compartimentation des savoirs fragilisent les prises de décisions, qui ne sont plus en mesure de s'appuyer sur des vérités bien étayées³²¹.

Dans la Déclaration de Rio, le principe de précaution est énoncé comme suit:

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacité. En cas de risque de dommages graves ou ir-

317 ATF 133 II 169 c. 3.2; ATF 126 II 399 c. 4c.

318 Par exemple en matière d'atteintes au sol (art. 33 ss LPE), en matière de protection contre les accidents majeurs (art. 8 OPAM).

319 ATF 127 II 306, notamment; ANDRÉ SCHRADER/THEO LORETAN, KUSG, N° 43a ad art. 11.

320 Le principe trouve ses origines d'une première reconnaissance dans la Charte Mondiale de la nature, adoptée par l'assemblée générale des Nations unies en 1982. Il est ensuite évoqué en 1987, à propos des conférences interministérielles sur la protection de la mer du Nord. Lors de la troisième conférence, tenue à la Haye, le préambule de la Déclaration de la Haye précise que les participants à la conférence «continueront de mettre en œuvre le principe de précaution qui est d'engager, c'est-à-dire d'entreprendre une action, pour éviter les effets potentiellement nocifs des substances qui sont persistantes, toxiques et susceptibles de bioaccumulation, même lorsqu'il n'existe aucune preuve scientifique mettant en évidence un lien causal entre les émissions et les effets».

Parmi d'autres, la Convention de Paris de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique définit le principe comme étant celui «selon lequel des mesures de prévention doivent être prises, lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduites dans le milieu marin puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, [...] même s'il n'y a pas de preuve concluant d'un rapport de causalité entre les apports et les effets».

La consécration du principe de précaution est intervenue lors de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement, en 1992.

321 NICOLAS DE SADELEER, Environnement et marché intérieur, p. 51.

réversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement»³²².

En droit suisse, ce principe se confond avec celui de prévention. Dans la terminologie allemande, les textes de la Constitution (art. 74 al. 2 Cst.) et de la LPE (art. 1 al. 2 LPE) font appel à la notion de «*Vorsorge*», ou au verbe «*sorgen*», soit l'équivalent du terme «précaution» en langue française, qui a été traduit par le terme générique de «prévention», dans les textes français. Il correspond au «*Vorsorgeprinzip*» connu en droit international ou dans les textes de l'Union européenne.

b) Portée du principe de prévention/précaution

Le principe de précaution commande de prévenir des dangers graves, alors que le principe de prévention se réfère aussi à des atteintes qui peuvent n'être qu'incommodes; cette action va plus loin que la seule gestion des dangers directs et imminents du droit de police (art. 36 al. 1 Cst.), en prévoyant une protection contre les risques à long terme et à large échelle³²³. Mais il se rapproche du droit de police en ce sens qu'il s'agit bien de prévenir des dangers (*Gefahrenabwehr*).

Selon le Tribunal fédéral, l'approche anticipatrice des risques liée au principe de précaution doit conduire à l'adoption d'une marge de sécurité, qui englobe l'incertitude face aux effets à long terme à l'environnement³²⁴. C'est essentiellement au stade de l'intervention plus sévère sur les atteintes et les risques, au sens où l'entend notamment l'article 11 alinéa 3 LPE, que cette marge trouve sa raison d'être³²⁵, notamment lorsqu'il est question de fixer des seuils d'immission ou de risque. En effet, l'intervention marquée par l'adoption de «mesures économiquement supportables», au sens où l'entend notamment l'article 11 alinéa 2 LPE, doit toujours inviter à adopter toutes les mesures possibles (sous réserve des cas bagatelle) et indépendamment des atteintes connues ou non connues, de telle sorte qu'il n'existe pas de réelle place pour une marge de sécurité.

Le principe de précaution, encore peu exploré par le droit prétorien, ne se limite cependant pas à cela; il exerce des incidences importantes sur la procédure et sur les moyens d'action de l'autorité. Il peut par exemple inviter à temporiser une décision (en matière d'OGM); il va inviter à procéder à des suivis beaucoup plus importants que d'ordinaire (par le contrôle autonome, par une veille technologique et des mécanismes d'alerte, notamment).

322 Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 14 juin 1992 (UN Doc. A/CONF. 151/26, I, annexe I).

323 BEATRICE WAGNER-PFEIFER, *Umweltrecht* I, p. 44 s.

324 ATF 133 II 169; ATF 124 II 517; ATF 118 Ib 234; ATF 117 Ib 28.

325 ANNE-CHRISTINE FAVRE/FABIA JUNGO, *Chronique du droit de l'environnement*, p. 24 et les références citées en note 24.

Il est toutefois indéniable que lorsque l'autorité est invitée à appliquer le principe, dans une situation qui n'est que peu réglementée, une marge de manœuvre importante lui est laissée, par rapport à l'évaluation d'un risque ni trop tôt (pour ne pas occasionner d'atteintes disproportionnées aux droits fondamentaux touchés³²⁶), ni trop tard (pour éviter des atteintes graves et irréversibles aux biens de police), par des mesures ni trop incisives, ni pas assez.

Si le caractère directement applicable du principe de prévention, en présence de risque connu³²⁷ d'atteinte nuisible ou incommode, n'est plus à démontrer³²⁸, la doctrine dominante considère que tel est également le cas du principe de précaution – du moins pour l'autorité (et non nécessairement pour le particulier)³²⁹ – qu'il soit déduit de la disposition constitutionnelle³³⁰ ou des législations dans lesquelles il est intégré, comme l'article 1 alinéa 2 LPE³³¹. Ces textes et leurs éventuelles dispositions d'application invitent donc à agir en situation de présomption de dangers graves et irréversibles, alors même que les connaissances scientifiques peuvent ne pas être certaines³³²; ils constituent des normes générales de prévention des dangers³³³, qui rendent inutile le recours à la *clause générale de police*, en allant au-delà de celle-ci, puisque l'action n'est pas limitée aux situations d'urgence et imprévisibles d'un danger direct et grave, c'est-à-dire *concret*³³⁴ (entre l'échelle du risque soupçonné et celui qui serait imprévisible, mais avéré, il existe une grande variété de situations que peuvent saisir

326 Voir dans ce sens les arguments du TF dans l'affaire dite de la «vache folle» (ATF 132 II 305).

327 Il n'est pas nécessaire que le risque soit certain; il peut n'être qu'apparent ou probable. Il peut en tous les cas être abstrait comme concret, au sens où l'entend le droit de police classique.

328 Notamment, ATF 124 II 517, ATF 116b 435. Le principe de prévention invite l'autorité à adopter des mesures par des décisions fondées sur des ordonnances ou directement sur la loi (voir l'art. 12 al. 2 LPE).

329 La densité normative doit être suffisante, pour que l'on puisse opposer à un particulier l'application directe d'une norme (ATF 117 Ia 472, c. 3e), ce qui n'est pas le cas de l'art. 74 al. 2 Cst ou de l'art. 1 al. 2 LPE; d'autres dispositions de la LPE ou de ses ordonnances peuvent cependant impliquer des devoirs de diligence à charge des particuliers concernés (l'art. 10 LPE, l'art. 3 Leaux, notamment).

330 Il est désormais admis que le principe de précaution est inclus de manière implicite à l'art. 74 al. 2 Cst (ATF 132 II 305 ss, p. 320, et les références citées).

331 ALAIN GRIFFEL, *Grundprinzipien*, p. 59 ss et 105 ss; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la constitution fédérale*, N° 9 ad art. 74; RENÉ WIEDERKEHR, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, p. 99 et la doctrine citée, qui relève que le principe de précaution est un principe général de pronostic des dangers ou des risques et doit, à ce titre, être appliqué lorsqu'il existe des raisons objectives de s'attendre à des atteintes sur l'être humain, les animaux ou les plantes.

332 ATF 132 II 305, sp. 320; dans cet arrêt, relatif à la responsabilité de l'Etat concernant le problème de la vache folle, le Tribunal fédéral s'est référé à la notion de «risque de dommages graves et irréversibles» découlant de la Déclaration de Rio; la question de l'applicabilité directe du principe de précaution, tel qu'il découle de l'art. 74 al. 2 Cst a cependant été laissée ouverte.

333 Du moins, en droit de l'environnement, dans la mesure où il est admis que l'art. 74 al. 2 Cst. rayonne l'ensemble du droit de l'environnement; la LPE tient quant à elle le rôle de loi générale par certains principes comme celui de prévention/précaution (ANNE-CHRISTINE FAVRE, *La protection contre le bruit*, p. 42 ss; JEAN-MICHEL BRAHIER, *Installations dangereuses*, p. 88 s).

334 HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 112 et références citées.

les principes de prévention/précaution), et qu'ils contraignent à agir, dans les limites du pouvoir d'appréciation de l'autorité.

Il est vrai que le pouvoir discrétionnaire de l'autorité est étendu, de telle sorte qu'en l'absence de normes légales précisant les contours de ces principes, la sécurité offerte par le droit n'est qu'apparente! Le droit ne peut pas pleinement saisir des domaines nouveaux dans lesquels il est impossible de déterminer le moment de l'intervention, la perceptibilité d'un nouveau risque, les méthodes d'appréhension de celui-ci et les mesures de gestion à adopter³³⁵.

c) *D'un risque prévisible à un risque incertain*

Dans le droit de police classique, l'objectif est d'éviter les dangers certains et se présentant de manière concrète³³⁶. Le Tribunal fédéral admet que l'on puisse refuser une autorisation fondée sur la présence d'un danger uniquement lorsque celui-ci est prévisible avec une haute probabilité. Cet examen doit être fait de manière objective. Cependant, plus le risque de dommage est important, plus faibles seront les exigences quant à la vraisemblance d'un danger³³⁷. Lorsqu'un danger implique de gérer diverses incertitudes, on entre dans le domaine de la prévention des risques³³⁸. On ne pourra plus se référer à la gravité ou prévisibilité d'un danger, mais uniquement à des soupçons de gravité pesant sur les effets d'un produit ou d'un procédé. C'est donc uniquement par le lien de la «vraisemblance» que l'autorité pourra justifier son action, et cela, comme en matière de danger apparent, en se plaçant en l'état de ses connaissances au moment où elle a pris sa décision³³⁹.

En droit de police, le *danger apparent* est celui qui présente tous les signes reconnaissables d'un risque d'atteinte, mais qui s'avère non réel, après coup³⁴⁰. Dans une telle situation, le moment décisif pour juger de l'action de l'autorité face au danger est celui auquel elle a pris sa décision.

On distingue également les *dangers concrets* des *dangers abstraits*; le Tribunal fédéral parle de danger immédiatement menaçant, s'agissant d'un danger concret³⁴¹. Le danger abstrait est celui qui se réalise selon le cours ordinaire des

335 CHRISTOPH ERRASS, *Recht als Risiko*, p. 24 ss, p. 28 et 33, qui relève que les domaines technologiques encore inconnus ne peuvent être saisis par le droit et nécessitent souvent le recours à des instances externes, telles que la Commission d'éthique en matière de biotechnologie dans le domaine non humain.

336 HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 116 ss.

337 HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 108, note 22, cite l'exemple d'une menace de bombe par un anonyme et relève que dans de telles situations, la moindre menace crédible doit conduire à une action de l'autorité.

338 HANS REINHARD, *Allgemeines Polizeirecht*, p. 108.

339 ATF 132 II 305 ss.

340 BILL DREWS/GERHARD WACKE/KLAUS VOGEL/WOLFGANG MARTENS, *Gefahrenabwehr*, p. 226.

341 TF du 21 novembre 1990, ZBI 92/1991 220.

choses, eu égard à une observation statistique³⁴². Dans cette dernière hypothèse, on peut, dans une situation donnée, ne pas rencontrer un danger concret; la personne touchée par une mesure prise sur la base d'une telle évaluation ne pourra s'en plaindre, sous réserve d'une violation du principe de proportionnalité³⁴³.

Le traitement du risque *abstrait* est typiquement celui qui relève du *principe de prévention/précaution*. Il nécessite une base légale claire. Mais, à plus forte raison, le principe précité est également applicable en présence d'un risque concret.

Si la notion de prévention du risque, en droit de police, fait déjà intervenir la gestion de risques abstraits et futurs³⁴⁴, le principe de précaution ajoute une difficulté par le fait qu'il oblige l'autorité à agir même en situation d'incertitude des connaissances scientifiques; l'autorité doit «mettre tout en œuvre pour agir mieux»³⁴⁵ et non pas à s'abstenir d'agir.

d) *La notion de risque acceptable et les lacunes quant à un fondement légal*

Aucun de ces principes ne tend à éliminer totalement les risques. Il ne s'agit en effet pas de combattre toutes les atteintes, ni tous les dangers, mais de les réduire à un minimum, par le jeu de règles de contrôle préventives. On en vient à devoir déterminer la zone d'acceptabilité, qui relève moins du droit, que d'un consensus social. La question à débattre n'est ainsi plus celle de l'élimination des risques, mais celle de la détermination du niveau de risque acceptable. Ce problème peut se poser tant lorsque l'on a connaissance d'un possible danger, mais que son occurrence est faible (risque sismique par exemple); que lorsque l'on ignore le réel danger d'une nouvelle technologie (incertitude scientifique quant à la réalité et l'ampleur de dommages éventuels). Il s'agit aussi de se demander qui, en définitive, supporte le risque. Prévoit-on des mécanismes de compensation ou de socialisation du risque?

En principe, compte tenu de l'importance de l'enjeu, il devrait incomber au législateur de déterminer la zone de tolérance, ou les indicateurs permettant de l'évaluer. En réalité, tel n'est pas souvent le cas et cela même lorsque l'on se trouve dans des matières où les connaissances sont plus nourries. Ainsi, en matière de protection contre le bruit, les critères de fixation des valeurs limites d'immission avaient été débattus devant le Parlement, qui avait alors rejeté la proposition du Conseil fédéral tendant à inscrire que:

342 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 79; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, p. 173; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 111.

343 ANDREAS JOST, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs, p. 81.

344 Ce n'est cependant qu'exceptionnellement que des situations à long terme peuvent être qualifiées de danger (HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, p. 108).

345 MICHEL FRANC, Traitement juridique du risque et principe de précaution, p. 63.

«le bruit est réputé admissible lorsque l'expérience démontre que, à conditions égales, pas plus du quart d'un groupe représentatif de la population ne se sent notablement gêné». ³⁴⁶

On a préféré se référer à la notion de gêne sensible de la population dans son bien-être (art. 15 LPE).

En matière de protection contre les accidents majeurs, ni l'article 10 LPE, ni l'OPAM ne fixent une échelle d'évaluation de la gravité des dommages, ni de limite particulière concernant le risque acceptable. C'est l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), qui a comblé cette lacune par des directives ³⁴⁷. Un diagramme a été établi par les autorités fédérales et présente les critères d'appréciation du risque ³⁴⁸. On y observe que certains dommages sont considérés comme légers et donc acceptables, alors même que l'incident peut entraîner un certain nombre de morts ³⁴⁹; au-delà, la réaction dépendra du risque, c'est-à-dire de la relation entre les dommages potentiels et la probabilité qui y est liée.

Parfois le risque découle implicitement d'un seuil de tolérance fixé dans une ordonnance ³⁵⁰, mais de manière peu explicite.

Le domaine de l'énergie nucléaire est à part, compte tenu de la procédure très spécifique liée à l'enjeu considérable du risque; ici, le choix des options à prendre est en mains des plus hautes instances (le Conseil fédéral, en tant qu'autorité politique, pour l'accord de principe dans le cadre de l'autorisation générale prévue à l'art. 12 LENu, puis l'Assemblée fédérale et éventuellement le peuple, par un référendum prévu par l'art. 48 LENu). Cependant, dans ce domaine, comme dans les autres, les critères du risque accepté ne sont pas non plus précisés dans la loi, qui vise «une absence de danger pour l'homme et l'environnement», mais non pas le risque zéro; il s'agit de diminuer le danger et non de l'éliminer:

Lors de l'utilisation de l'énergie nucléaire, l'homme et l'environnement doivent être protégés du rayonnement ionisant; les substances radioactives ne peuvent être libérées que dans des quantités ne présentant pas de danger. Il faut en particulier prévenir le rejet excessif de substances radioactives ainsi que l'irradiation excessive des personnes, tant en phase d'exploitation normale qu'en cas de dérangement (art. 4 al. 1 LENu).

Au titre de la prévention, on prendra:

³⁴⁶ ANNE-CHRISTINE FAVRE, La protection contre le bruit, p. 35.

³⁴⁷ JEAN-MICHEL BRAHIER, Installations dangereuses et aménagement du territoire, p. 124 ss.

³⁴⁸ JEAN-MICHEL BRAHIER, Installations dangereuses et aménagement du territoire, p. 118 ss.

³⁴⁹ En réalité, ce diagramme admet qu'en-deçà de 10 morts, ou d'autres incidences (chiffrées également) sur l'environnement, le risque est acceptable. Dans la mesure où l'on admet de tels critères dans la notion de «risque acceptable», on ne se trouve plus en présence d'un danger insignifiant!

³⁵⁰ Ainsi l'art. 24 de l'ordonnance fédérale, du 23 novembre 2005, sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIU; RS 817.02), qui admet comme le droit de l'union européenne que des traces inférieures à 0,9 d'OGM n'ont pas à être annoncées au consommateur!

- a. toutes les mesures qui s'imposent en vertu de l'expérience et de l'état de la science et de la technique;
- b. toutes les mesures supplémentaires qui contribuent à diminuer le danger, pour autant qu'elles soient appropriées (art. 4 al. 3 LENu).

Ces lacunes dans la législation ont pour conséquence qu'il peut incombier à l'autorité d'évaluer elle-même la question du risque acceptable lors d'actes ou de décisions concrètes, dans les limites de ses connaissances:

- par exemple lors de l'autorisation de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, sur la seule base des critères d'action du principe de prévention/précaution³⁵¹.
- par exemple lors de la construction de digues contre les crues; à défaut de normes, quels paramètres de risque retenir et jusqu'où repousser les limites de l'événement exceptionnel, qui n'entre pas dans les prévisibilités du risque? Quand peut-on considérer qu'un tel ouvrage est conçu conformément aux attentes liées à sa fonction de protection?

Le recours à des instances externes, comme la Commission d'éthique, dans certains domaines, peut constituer une aide précieuse. En droit européen, l'essor des «Institutions»³⁵², «des comités scientifiques et de comitologie»³⁵³, comme des agences recevant des missions spécifiques sur le plan technique et scientifique³⁵⁴ appuient le législateur et l'autorité d'exécution dans l'interprétation de la loi.

4. *Le principe du développement durable*

Le principe du développement durable (*Nachhaltigkeit*) est également issu du droit international³⁵⁵. Il est désormais ancré dans la Constitution fédérale du

351 Art. 17 ss ODE.

352 Le Parlement s'est doté de la «Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire (ENVI) et la Commission européenne d'une direction générale en charge de ce dossier.

353 Les groupes d'experts peuvent être créés par la Commission européenne pour l'éclairer sur ses choix normatifs; les comités de «comitologie» aident lors de l'application de textes législatifs.

354 Distinctes des institutions de l'Union européenne, et dotées de la personnalité morale, ces agences sont des organismes de droit public européen, qui jouent un rôle croissant dans la protection du milieu environnemental, complémentaire à celui exercé par la Commission européenne. Elles jouent notamment un rôle dans la législation alimentaire, où elles remplissent le rôle de référence scientifique indépendante en matière d'évaluation des risques. Elles rendent ainsi des avis sur des techniques controversées portant sur l'impact de celles-ci (pesticides, OGM, additifs alimentaires, etc.) (NICOLAS DE SADELEER, Environnement et marché intérieur, p. 137 s.).

355 Le concept de développement durable est issu d'un long processus de réflexion lors des négociations internationales menées au sein de l'ONU. La Déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972 fut la première à mettre en place une représentation de ce qui va devenir plus tard le développement durable (principe 8 de la Déclaration de Stockholm). En 1983, dans la continuité de Stockholm, sur proposition de l'assemblée générale des Nations Unies, la Com-

18 avril 1999 en tant que principe général de deux manières: d'une part à l'article 2 alinéa 2, sous sa forme tridimensionnelle (environnement, économie, société), d'autre part, dans une dimension purement environnementale, à l'article 73³⁵⁶ qui précise que:

«La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain».

On notera que le principe est également évoqué dans le préambule par le «devoir d'assumer (des) responsabilités envers les générations futures» et explicitement ou implicitement dans des domaines spécifiques comme l'agriculture³⁵⁷. Dans sa dimension purement écologique, tel que figurant à l'article 73 Cst., le principe place les aspects économiques et sociaux en filigrane³⁵⁸.

En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé que «sous sa dimension écologique, une politique de développement durable implique notamment de faire une place importante au principe de précaution»³⁵⁹.

Il n'existe pas de législation générale d'application du principe du développement durable. Mais ce principe est présent dans différentes législations spéciales exerçant des incidences sur les décisions d'urbanisme.

Ainsi, la Suisse connaît depuis longtemps le principe de *Nachhaltigkeit* en droit forestier, où le maintien de l'aire forestière dans son étendue et son exploitation «*nachhaltig*», a été d'abord formulé au moins implicitement dans la loi sur la haute surveillance de la Confédération sur la police des forêts du 24 mars 1876, puis dans celle du 11 octobre 1902³⁶⁰. L'actuelle loi sur les forêts³⁶¹ précise que l'aire forestière ne doit pas être diminuée (art. 3) et que les forêts doivent être gérées de manière que leurs fonctions soient pleinement et durable-

mission mondiale sur l'environnement et le développement est créée; dirigée par Madame Gro Harlem Brundtland et le docteur Khalid, cette commission fait paraître en 1987, le rapport «Notre avenir à tous», qui donne une définition officielle du développement durable et met en avant la nécessité de gérer les ressources de manière à assurer un progrès durable et à garantir la survie de l'humanité. En outre, il remet en cause l'idée d'une croissance illimitée; la croissance économique ne peut se faire au détriment de la capacité de renouvellement des écosystèmes. Une notion de limitation de la «capacité de charge» de la biosphère est introduite. Par ailleurs, les pays sont invités à intégrer les facteurs écologiques dans la recherche de nouvelles techniques. La Déclaration de Rio, en 1992, bien que ne donnant pas de définition au concept de développement durable, est entièrement orientée sur la base de ce principe.

356 JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la constitution fédérale, p. 582 et les références citées; ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le développement durable, p. 482 ss.

357 Art. 104 Cst. visant à une *production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché*. D'autres dispositions constitutionnelles (art. 54 al. 2, 75 à 79, 89, 120 et 126) évoquent également implicitement le principe.

358 ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le développement durable, p. 496.

359 ATF 132 II 305, 319, consid. 4.3; ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le développement durable, p. 488.

360 ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le développement durable, p. 478.

361 LF du 4 octobre 1991, RS 921.0.

ment garanties (rendement soutenu) (art. 20). Le même principe s'applique dans la législation sur la protection de la nature et du paysage, où les article 18 ss LPN³⁶² requièrent une compensation des biotopes qui ne peuvent être préservés.

Le principe du développement durable est également fortement ancré dans la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT)³⁶³, qui prévoit dans ses buts que la Confédération, les cantons et les communes «veillent à une utilisation mesurée du sol», s'emploient à «réaliser un développement harmonieux de l'ensemble du pays» et «tiennent compte des données naturelles ainsi que des besoins de la population et de l'économie» (art. 1 al. 1). Ces objectifs sont encore précisés aux articles 1 et 3 de la LAT³⁶⁴. C'est avant tout dans les instruments de planification que ces principes sont concrétisés (plans directeurs, plans d'affectation). La notion de zone à bâtir fait l'objet d'une définition stricte qui implique une réduction de la surface, en cas de surdimensionnement. De même, l'admissibilité de constructions hors des zones à bâtir est restreinte. Ces principes n'évitent cependant pas qu'en Suisse, la surface construite augmente de près d'un mètre carré par seconde. Une convention pour l'élaboration commune d'un projet de développement territorial (projet territoire) a été signée le 11 mai 2006 entre la Confédération, les représentants des cantons, des communes et d'autres partenaires en vue de mieux définir une politique de développement durable en matière d'aménagement du territoire.

Enfin, il faut citer la législation énergétique, désormais fortement empreinte du principe du développement durable³⁶⁵.

Au surplus, la question se pose de savoir si le principe du développement durable, tel qu'il est énoncé à l'article 73 Cst., est directement applicable et «justiciable» en ce sens qu'il pourrait être invoqué directement devant les tribunaux. La question est controversée³⁶⁶. Le Tribunal fédéral lui reconnaît un caractère essentiellement programmatique³⁶⁷, même si, dans certaines affaires,

362 LF du 1^{er} juillet 1966, RS 451.

363 LF du 22 juin 1979, RS 700.

364 SJ 2001 I 269: le TF a confirmé que la planification en cause était conforme au principe du développement durable qui se confond ici avec les buts et principes exprimés aux art. 1 et 3 LAT.

365 LF sur l'énergie (LEne), RS 730.0. Cette loi a pour but d'assurer un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement (art. 1 al. 1); des principes tendant à une utilisation économe et rationnelle de l'énergie, ainsi qu'au recours accru aux énergies renouvelables sont adressés aux autorités, aux entreprises assurant l'approvisionnement en énergie, aux concepteurs, et aux fabricants d'installations, de véhicules et d'appareils consommant de l'énergie, de même qu'aux consommateurs (art. 3)

366 Selon JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la constitution fédérale*, p. 585, ALAIN GRIFFEL, *Grundprinzipien*, p. 31, le principe constitue une norme programmatique à l'attention des autorités, qui n'est pas «justiciable», parce trop indéterminé, tandis que ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le développement durable*, admet que le principe déduit de l'art. 73 Cst. est «justiciable», au même titre qu'un autre principe constitutionnel comme celui de la proportionnalité.

367 ATF 132 II 305, c. 4.3.

il s'est clairement fondé sur ce principe pour examiner la conformité d'un projet³⁶⁸.

Les quelques cas où la référence au principe est au moins implicite montrent que le «développement durable» intervient en relation avec l'appauvrissement des ressources; il peut mettre en évidence une forme de «clause du besoin», lorsque la ressource exploitée est rare et/ou non renouvelable, avec, à la clé, une invitation à gérer l'utilisation de celle-ci de manière planifiée et la plus centralisée possible; l'échelon local ne sera en principe pas adéquat, pour cela³⁶⁹.

Le principe du développement durable est probablement le plus novateur dans la gestion des risques. Il est l'un de ceux qui fait le plus appel aux nouveaux mécanismes d'action, par rapport au droit de police (coopération avec l'économie privée, responsabilisation individuelle, etc.)³⁷⁰.

5. *Le principe du pollueur-payeur*

a) *Définition*

Le principe du pollueur-payeur³⁷¹ est également exprimé à l'article 74 alinéa 2 Cst. en ce sens que «les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent». Il est repris à l'article 2 LPE – ainsi que dans d'autres dispositions de la législation environnementale – dans la formulation selon laquelle «celui qui est à l'origine d'une mesure prescrite par la présente loi en supporte les frais». Tel qu'énoncé, le concept va au-delà de la seule obligation de réparation du dommage qui découle de certains traités internationaux³⁷², en mettant à la charge de celui qui en est la cause les frais engendrés par les mesures servant à prévenir un dommage ou une atteinte et non seulement assainir une situation déjà polluée. Le but de ce principe est de faire supporter à l'auteur d'une atteinte, et non à quelqu'un d'autre, les frais découlant des mesures faisant suite à cette pollution. Ces mesures peuvent viser la prévention «*Vermeidung*», l'élimi-

368 SJ 2001 I 269 précité et RDAF 2005 581, relatif au dimensionnement d'une gravière où le TF admet que le principe du développement durable entre dans la pesée des intérêts et que l'extraction de gravier n'est fondamentalement pas conforme au principe du développement durable car elle implique l'utilisation d'une ressource non renouvelable.

369 TF 1A.25/2006, carrière d'Arvel et 1A.168/2005, DEP 2006, 711 et TF du 23 février 2004, DEP 2004, 299.

370 ANNE-CHRISTINE FAVRE, *Durabilité*, p. 115 ss.

371 Ce principe, d'origine économique, trouve sa source dans la théorie des externalités. Le Conseil de l'OCDE a explicité son contenu dans une recommandation 75/436/Euratom/CECA/CEE du 3 mars 1975, relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement.

372 La déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, du 14 juin 1992, dans son seizième principe, prévoit que «c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, en ayant en vue l'intérêt public», tout en limitant les effets de ce concept par l'ajout de la restriction selon laquelle ceci «ne doit pas fausser le jeu du commerce international et de l'investissement».

nation «*Beseitigung*», voire la tolérance d'une atteinte à l'environnement «*Duldung*».

L'applicabilité directe du principe du pollueur-payeur est controversée; alors que le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine³⁷³ considèrent qu'il nécessite toujours une législation de concrétisation, d'autres admettent qu'il convient de distinguer selon sa portée large, en tant que fondement à une internalisation des coûts dans les situations où une causalité directe entre l'acte et l'atteinte n'est pas possible (l'internalisation devant alors se réaliser généralement par une taxe). Il n'existe pas d'applicabilité directe, dans ce cas, à la différence du principe vu dans sa portée étroite, lorsqu'il invite celui qui est chargé de prendre des mesures, de par la loi, à en assumer les coûts³⁷⁴; dans cette seconde acception, il suffit que la loi commande à l'auteur d'une atteinte de prendre des mesures, pour que l'article 2 LPE permette de lui imputer les frais de celles-ci, à défaut de disposition contraire.

b) *Portée*

Selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence, le principe du pollueur-payeur est un pur principe d'imputation des coûts. Dans le contexte de la gestion des risques, il indique qui doit prendre en charge le coût non seulement des mesures préventives, mais également de celles, réparatrices (l'art. 59 LPE ou l'art. 54 LEaux concrétisent cette dernière hypothèse). Il constitue donc à la fois un principe lié étroitement à ceux de prévention/précaution, prolongeant l'action préventive du droit de police, mais également un principe de responsabilité administrative, du moins, dans son contenu matériel³⁷⁵. Certes, le principe ne fournit aucun critère permettant de déterminer les personnes qui doivent prendre les mesures³⁷⁶, et ne confère aux personnes lésées aucun droit à une indemnité; cependant, comme l'article 41 CO, il prévoit un régime de responsabilité, soit d'imputation des coûts, en cas de dommage, et fonctionne comme une responsabilité objective³⁷⁷.

Le principe ne définit pas la notion de «pollueur»; il est souvent fait référence à celle de «perturbateur» du droit de police, par analogie. En réalité, l'obligation de prendre une mesure ne peut être confondue dans tous les cas avec celle d'en assumer les coûts. Si la référence au principe du perturbateur par comportement ne suscite pas de remarque, le lien avec le perturbateur par situation peut être

373 ATF 132 II 371 ss; notamment, PETER STEINER, *Die Umsetzung*, p. 97 ss et 236 ss, BEATRICE WAGNER PFEIFER, *Umweltrecht I*, p. 48.

374 ALAIN GRIFFEL, *Grundprinzipien*, p. 183 ss; DENIS OLIVER ADLER, *Das Verhältnis*, p. 6 ss.

375 Dans ce sens PETER STEINER, *Die Umsetzung*, p. 23.

376 En ce sens, voir ATF 118 Ib 407 c. 3b; ALAIN GRIFFEL, *Grundprinzipien*, N° 240; MARTIN FRICK, *der Verursacherprinzip*, p. 39 ss et références citées.

377 DENIS OLIVER ADLER, *Das Verhältnis*, p. 24, 107, évoque le fonctionnement similaire de l'art. 2 LPE, pris au sens étroit, au principe de l'imputation des coûts en droit de la responsabilité civile.

inéquitable, puisqu'il inviterait à assumer des frais, alors qu'un lien de causalité entre un comportement du «pollueur» et un dommage pourrait faire défaut³⁷⁸. La doctrine récente propose une portée autonome de la notion de pollueur, dont serait exclue celle du perturbateur par situation, sauf disposition légale contraire, telle que l'article 32d alinéa 2 phrase 3 LPE, en matière de sites contaminés³⁷⁹.

6. *Le principe de proportionnalité comme mesure d'une obligation de moyens?*

On se limitera à rappeler que le principe de proportionnalité transcende l'ensemble de l'activité administrative, du législateur à l'autorité d'exécution. Il a évolué; alors qu'initialement, il avait pour fonction, dans le droit de police, de fixer les limites des atteintes aux droits fondamentaux, il est désormais admis qu'il puisse intervenir aussi dans l'administration de prestation³⁸⁰.

Dans notre contexte, il intervient comme modérateur à une application extensive des principes de prévention/précaution. Ainsi, avec la notion de cas bagatelle que l'on peut illustrer de cette manière: dans les domaines où le risque est initié par une activité de l'homme (génie génétique, médicaments, autres produits ou substances, catastrophes majeures), il n'est pas exclu qu'une réflexion risque-utilité et coût-bénéfice intervienne, et permette d'accepter un risque minime, alors que des mesures de sécurité plus amples feraient augmenter le coût du produit de manière non raisonnable et disproportionnée³⁸¹. Le problème sera celui de l'admission de ce risque minime: l'hypothèse d'une réaction allergique à un produit ne s'apprécie pas de la même manière que celle de la probabilité minime de la survenance d'un décès en cas d'accident majeur³⁸².

En fin de compte, l'ensemble du régime de la protection contre les catastrophes majeures – qui fait appel tant au principe de prévention que de précaution, selon l'état des connaissances du risque –, fonctionne sur ce modèle, en tolérant que des atteintes potentielles subsistent, dans la notion de risque acceptable, après une estimation des mesures économiquement supportables pouvant être raisonnablement ordonnées.

Dans les matières où il incombe à l'autorité de préserver la population d'un danger, par exemple, en matière de dangers naturels, la question des moyens (organisationnels, financiers) peut aussi être mise en relation avec l'application du principe; il existe inévitablement un rapport coût utilité, entre l'objectif fixé par la loi et les possibilités réelles de parer à un danger. Cette question se rapproche en fin de compte des principes posés par la jurisprudence en relation

378 DENIS OLIVER ADLER, Das Verhältnis, p. 104 s.

379 DENIS OLIVER ADLER, Das Verhältnis, p. 104 ss, 107.

380 HANS HUBER, Verhältnismässigkeit, p. 14–16; sur cette évolution générale, BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessens, p. 298 ss.

381 ERDEM BÜYÜKSAGIS, La relativité de la sécurité du produit, p. 41.

382 ERDEM BÜYÜKSAGIS, La relativité de la sécurité du produit, p. 34.

avec la responsabilité à raison d'une obligation de surveillance ou liée à l'organisation de l'Etat³⁸³; il s'agit de se demander jusqu'où l'Etat est en mesure de mettre des moyens en vue de parer à un risque, étant précisé que l'Etat n'a pas à préserver de toutes les situations, mais de celles qu'il peut gérer avec des moyens raisonnables³⁸⁴. Lorsque de tels moyens étaient à sa disposition ou auraient dû l'être et que l'autorité a omis de procéder à une obligation ou a excédé son pouvoir d'appréciation, sa responsabilité peut être engagée³⁸⁵. Un exemple qui le montre est le suivant: une norme découlant de la LEaux invitait à étanchéfier les citernes avant le 31 juillet 1987. Cette norme était directement applicable aux détenteurs de citerne, mais invitait par ailleurs l'autorité à vérifier que cela soit fait. Un propriétaire d'une citerne n'a pas assaini son installation. De son côté, le canton n'a pas non plus invité ce propriétaire à assainir dans les délais fixés, alors qu'il aurait été en mesure de le faire, selon le Tribunal fédéral (il aurait pu aisément procéder par contrôle informatique des installations). En date du 26 septembre 1987, plus de 11000 litres de mazout se sont répandus dans le sol depuis cette citerne non étanche en raison d'une erreur de manipulation d'un chauffeur au moment du remplissage. Selon le Tribunal fédéral tant le détenteur de la citerne (60%), que l'entreprise responsable (30%) et l'Etat (10%) doivent assumer une part de responsabilité. Le manquement de l'autorité a été qualifié de grave car elle connaissait la situation de cette citerne. Elle avait les moyens d'exiger dans les délais son assainissement (fichiers tenus dès les années 1980 par computer) et ne l'a pas fait³⁸⁶.

V. Les mesures de prévention et de répression des dangers

1. *Les moyens traditionnels*

Le droit de police classique se caractérise par des mesures de régulation telles que les autorisations, les déclarations, les interdictions, les mesures de surveillance, l'assujettissement de certaines activités à monopole³⁸⁷. On n'intervient donc de loin pas uniquement par le moyen d'actions répressives.

383 JOST GROSS, Staatshaftung, p. 190 s.

384 ATF 127 IV 62 c. 2d; 126 III 113 c. 2a/aa et c. 2b; 116 II 422 c. 1 s., 424; BVR/JAB 2005, 3 ss; 2003 241 c. 2; 1999 258 c. 3d et e; ANNE-CHRISTINE FAVRE, La notion de force majeure, p. 199.

385 Voir également DENIS OLIVIER ADLER, Das Verhältnis, notamment p. 219 et les références citées.

386 ZBI 1991, 212, sp. 215.

387 Les activités qui peuvent être soumises à monopole pour des motifs de police sont aujourd'hui admises de plus en plus restrictivement; ainsi, le monopole du ramonage, justifié par les mesures de protection contre les incendies et de l'air est désormais remis en question (ATF 109 Ia 193 ss.).

Initialement, il s'agissait de justifier des mesures par rapport aux libertés publiques. C'est la raison pour laquelle la figure la plus connue de ce régime est celle de l'autorisation de police.

Le droit de police se caractérise également par une action dirigée contre le perturbateur (*Störer*), qui doit être proportionnée, de manière à écarter un danger réel, actuel ou vraisemblable.

2. *L'incidence de l'évolution des connaissances et de la technique, mais aussi des incertitudes sur les procédures de contrôle*

a) *La procéduralisation des risques*

Les moyens relevant du droit de police classique restent globalement en vigueur aujourd'hui. D'autres catégories de mesures s'y superposent; elles découlent à la fois du rôle de l'Etat, dans son obligation de prévenir les dangers portés à des biens de police, mais aussi de l'évolution des connaissances et des techniques.

D'une manière générale, on assiste à une certaine procéduralisation des risques: l'exemple typique est celui des procédures en matière de génie génétique, qui invitent le fabricant à procéder à une étude de risques et à notifier à l'autorité l'utilisation d'OGM en milieu confiné³⁸⁸, à solliciter une autorisation de mise dans le commerce, à procéder à un étiquetage du produit. Ces multiplications d'exigences de contrôle ont pour objectif de s'assurer du respect des règles de diligence par le fabricant ou l'utilisateur, plus que de veiller à celui du respect de règles de droit matériel qui font défaut, face à une matière dans laquelle il n'est pas encore possible de véritablement réglementer³⁸⁹.

L'étude d'impact (art. 10a ss LPE), mais, d'une manière générale, toutes les études de risque³⁹⁰, constituent probablement les figures les plus caractéristiques parmi les moyens nouveaux que le droit de l'environnement a pu générer. De telles procédures sont à la charge du détenteur de l'installation.

La législation peut également prévoir des obligations de *contrôle autonome* et de *diligence* pour les professionnels, créateurs de risque³⁹¹, ainsi que d'*information* du preneur et de l'acquéreur³⁹². Ces procédures sont une forme d'appli-

388 Voir art. 8 ss OUC.

389 CHRISTOPH ERRASS, *Recht als Risiko*, p. 30.

390 En matière de protection contre les catastrophes et accidents majeurs, on parle de rapport succinct, dans un premier temps (art. 5 OPAM) et d'étude de risque, lorsque le premier rapport conduit à constater que le risque ne serait pas acceptable (art. 6 s OPAM). Ces études sont également présentes dans la législation sur le génie génétique, lors d'une demande de dissémination d'OGM (art. 19 al. 2 let. d, art. 20 al. 2 let. d et art. 21 al. 2 let. d de l'ordonnance fédérale du 10 septembre 2008 sur l'utilisation d'organismes dans l'environnement, ODE; RS 814.911).

391 Voir notamment Art. 26 al. 2 et art. 27 LPE; art. 14 al. 2 LGG et ses dispositions d'application. Le contrôle autonome est également inhérent à l'OPAM; il est également présent dans la LDAI pour quiconque fabrique, traite, distribue, importe ou exporte des denrées alimentaires, des additifs et des objets usuels (art. 23 LDAI).

392 Art. art. 15 LGG, art. 13 OUC, art. 5 ODE.

cation du principe de précaution – et de toute mesure préventive en général – en ce sens qu’elles exigent de certaines personnes – exploitants, créateurs de risque – de contrôler elles-mêmes que les conditions liées à leur activité soient constamment respectées; toute modification des éléments permettant l’appréciation du risque doit de ce fait être annoncée et il convient d’y apporter la réponse adéquate, qui peut être la restriction de mise en circulation d’une substance. L’institution du contrôle autonome permet à l’autorité de déléguer le contrôle de l’activité dangereuse à l’exploitant, qui est également la personne ou l’entité la mieux à même de connaître le risque³⁹³.

D’autres méthodes de catégorisation du risque, telles que la *cadastration des risques*³⁹⁴, relèvent de la collectivité publique. Il est patent ici que toutes les installations exerçant des incidences sur le territoire sont désormais traitées, quant à leurs effets, par des moyens qui devront se traduire d’une manière ou d’une autre dans la planification.

b) *La quantification des risques*

L’un des grands apports de la législation environnementale est aussi celui de fixer des *quotas* (valeurs limites d’émissions³⁹⁵, d’immissions³⁹⁶, droits de polluer en matière de CO₂, etc.).

Cette technique, qualifiée par certains de «premier principe directeur de l’ordre public écologique»³⁹⁷, montre que l’appréhension des risques environnementaux est empreinte de technocratie, avec les revers qui peuvent lui être liés. Sur le plan du droit matériel, complétant le couple des autorisations/interdictions, ces normes fixent les limites du permissif; mais en même temps, elles donnent aussi un droit de produire des atteintes, sauf à ce qu’elles soient contrebalancées par d’autres principes tel celui du *standstill*³⁹⁸ ou de prévention des atteintes (art. 1 al. 2 et 11 LPE), qui commande de prendre toutes les mesures de réduction des nuisances raisonnablement possibles, indépendamment des atteintes nuisibles ou incommodes. Sur le plan formel, elles relèquent, le plus

393 ATF 126 Ib 60, c. 3c.

394 Ces inventaires sont désormais légion; ils peuvent concerner aussi bien des situations comme les sites pollués (art. 32c al. 2 LPE), que les atteintes de type bruit (art. 37 de l’Ordonnance fédérale sur la protection contre le bruit, OPB; RS 814.41) ou les dangers naturels, qui font l’objet d’inventaires divers, quant à leur nature, leur étendue et le niveau de risques qu’ils présentent, selon des bases légales qui sont très éparées.

395 Art. 12 al. 1 let. a LPE.

396 Art. 13 ss LPE.

397 FRANCIS CABALLERO, Essai sur la notion juridique de nuisance, p. 70.

398 Inconnu en droit suisse, ce principe interdit à l’Etat, en l’absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s’impose à lui, ou de le diminuer de manière significative, lorsque l’Etat fait usage de la marge de manœuvre que lui confère ce principe en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection (ISABELLE HACHEZ, Le principe de *standstill*, p. 4).

souvent, au pouvoir exécutif le rôle de déterminer les niveaux acceptables, alors qu'il s'agit vraisemblablement plus d'une question politique que technique.

c) *La veille technologique et la recherche, ou l'obligation d'adaptation des connaissances*

D'une manière générale, la référence aux notions de «techniquement faisable» et «économiquement supportable» de l'article 11 alinéa 2 LPE contraint l'administration à une *veille technologique*, qui l'invite à réévaluer la norme ou les limites fondées sur ces concepts, au regard des connaissances scientifiques nouvelles (voir les art. 14 et 15 LPE, notamment); le principe de précaution, à lui seul, a également pour corollaire un tel «*monitoring*»³⁹⁹. C'est à l'administration qu'incombe une telle obligation. Le Tribunal fédéral ne pourra intervenir que si les autorités compétentes n'ont manifestement pas rempli leurs obligations, respectivement ont abusé de leur marge d'appréciation⁴⁰⁰. A cette activité de surveillance est liée une obligation de soutenir la *recherche scientifique* (art. 49 ss LPE); ainsi le département fédéral de l'environnement adopte un plan de recherche⁴⁰¹.

Enfin, l'Etat peut également être tenu de mettre en place des systèmes de surveillance des risques et d'alerte⁴⁰² ou confier de telles expertises à des organismes indépendants⁴⁰³.

d) *Le devoir d'information en droit de l'environnement: transparence ou compensation d'un déficit de légalité?*

De manière générale en matière d'*environnement*, l'administration a des devoirs d'information auprès du public, qui constituent, désormais, une composante inhérente à l'exercice des droits fondamentaux, ainsi que la Cour EDH l'a mis en évidence⁴⁰⁴. Il s'agit d'une tâche de l'Etat (art. 6 LPE), qui peut concerner tant

399 TF 1A.62/2001 du 24 octobre 2001 (partiellement résumé in ATF 128 I 59) = RDAF 2003 I 527 avec note de ALEXANDRE FLÜCKIGER; TF 1C_282/2008 du 7 avril 2008, c. 4.1 et 4.3: valeurs limites de l'installation de la Principauté du Liechtenstein fixées à 0.6 V/m dès 2013 (alors qu'elle est fixée par l'ORNI, pour les installations de téléphonie mobile, à 6,0, 4,0 ou 5,0 V/m en fonction de la gamme de fréquence; voir annexe 1 ORNI, ch. 64); l'OFEV surveillera la mise en œuvre et le respect de ces valeurs et examinera s'il en résulte un besoin d'agir sur les valeurs limites suisses.

400 TF 1A.136/2003 du 4 novembre 2004, c. 3.1; TF 1A.134/2003 du 5 avril 2004, c. 3.2 et les références citées; TF 1A.251/2002 du 24 octobre 2003, c. 4.

401 OFEV, Plan directeur de recherche 2008–2011.

402 En matière de protection contre les catastrophes et accidents majeurs (art. 12 ss OPAM); en matière de protection contre les dangers à la population, d'une manière générale (art. 4 LPPCi).

403 L'union européenne a elle-même créé une autorité indépendante de sécurité des aliments (règlement N° 178/2002 du 28 janvier 2002).

404 Cf. infra ch. F.II.

les renseignements généraux que des conseils spécifiques pour les autorités et les particuliers⁴⁰⁵.

Ces obligations découlent également des articles 46 et 47 LPE, ou de la législation sur la transparence, tant fédérale⁴⁰⁶ que cantonale.

Face au déficit de la norme quant à l'acceptabilité de certains risques (notamment en matière d'accidents majeurs ou de génie génétique), ce devoir d'information vient donner aux tiers une occasion de se déterminer sur le comportement à adopter. Mais encore faut-il que l'information soit assurée: ainsi, en matière d'OGM, un étiquetage n'est obligatoire qu'à compter de plus de 0,9% de traces dans un produit⁴⁰⁷, cela non parce que l'on est certain de l'inexistence d'un risque, en-deçà, mais parce que il est techniquement impossible d'éliminer de telles traces dans les produits de la chaîne alimentaire, ou que des examens en la matière seraient exagérément coûteux et, de surcroît, non fiables⁴⁰⁸.

e) La délégation des tâches à des organismes privés

Très tôt, il a été admis que les tâches de police étaient compatibles avec une délégation des tâches de l'Etat. FLEINER cite en premier lieu les charges à caractère économique, liées à la production du gaz, de l'eau et de l'électricité⁴⁰⁹. Désormais, ce sont même les domaines à haut risque, nécessitant des connaissances techniques accrues, qui font l'objet de délégation auprès d'institutions indépendantes:

L'exemple le plus parlant est celui de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire IFSN, qui est l'autorité de surveillance de la Confédération pour la sécurité et la sûreté nucléaire des installations nucléaires en Suisse. Elle est entrée en fonction le 1er janvier 2009, succédant à la Division principale de la sécurité des installations nucléaires DSN. L'IFSN surveille les installations nucléaires suisses: centrales nucléaires, dépôts intermédiaires pour déchets radioactifs, installations de recherche nucléaire de l'Institut Paul Scherrer (IPS) à Villigen, de l'Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne et de l'Université de Bâle. Sa surveillance couvre tous les domaines allant des projets au démantèlement des installations et au stockage des déchets radioactifs en passant par l'exploitation. La radioprotection du personnel et de la population ainsi que la sûreté, à savoir la protection contre le sabotage et le terrorisme, font partie de ses tâches officielles. L'IFSN s'occupe en outre des transports de substances radioactives au départ et à destination des installations nucléaires, ainsi que des recherches sur

405 FRANÇOIS BELLANGER/VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, La loi sur la protection de l'environnement, N° 6 ss ad art. 6.

406 *Loi fédérale* du 17 décembre 2004 *sur le principe de la transparence dans l'administration* (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3).

407 Art. 24 ODAIOUS.

408 TF 2A.357/2002 du 13.2.2003.

409 P. 80 s.

les sciences de la terre en perspective du stockage en couches géologiques profondes des déchets radioactifs.

3. *Les méthodes alternatives*

Les nouveaux instruments d'action, de la planification aux actes de dérégulation et d'autorégulation⁴¹⁰, marquent également le passage d'un Etat libéral, soumis de manière étroite au principe de légalité, à une administration dont les activités sont de plus en plus diversifiées; il s'agit d'envisager non plus uniquement un droit-sanction, caractéristique du droit de police, mais également des outils co-opératifs, de concertation, constituant ce que l'on appelle l'Etat informel⁴¹¹.

Ces alternatives peuvent prendre la forme de mesures incitatives et de normalisation (taxes, écolabels, audits environnementaux, etc.), mais aussi faire appel aux principes de la collaboration avec l'économie (art. 41 a LPE)⁴¹² et aux «mécanismes de marché» (découlant du Protocole de Kyoto, par exemple).

Ces options reposent aussi sur une base légale; cependant on fait appel soit aux modifications des comportements, soit à l'initiative et à la coopération privée pour atteindre les objectifs posés par la loi. Si ces moyens sont intéressants dans l'approche de prévention des atteintes, ils ne sont pas pertinents dans le contexte d'une réparation de celles-ci. Ils prennent par ailleurs place surtout dans les domaines qui se confondent avec la notion de pollueur-payeur au sens large, soit ceux où la relation directe entre un comportement et une atteinte n'est pas possible et qui nécessitent un effort collectif. Le résultat à atteindre globalement peut être quantifié (ainsi la masse de déchets à valoriser, la réduction de gaz à effets de serre attendue⁴¹³), et plus l'action des personnes impliquées par des comportements générateurs d'atteinte est groupée, plus l'effet sera perceptible.

D. L'imputation des risques et des coûts

Nous nous limiterons à évoquer dans cette section quelques situations qui posent problème.

I. Le vrai perturbateur et l'incidence de la force majeure

Le principe du perturbateur par situation ou comportement permet, en droit public, de déterminer qui doit prendre une mesure et en assumer les coûts. En droit de l'environnement, le principe du pollueur-payeur (*Verursacherprinzip*),

410 Voir ALEXANDRE FLÜCKIGER, Régulation, p. 159 ss.

411 ALEXANDRE FLÜCKIGER, Régulation, p. 166.

412 ALEXANDRE FLÜCKIGER, La loi Damoclès, p. 233 ss.

413 ALEXANDRE FLÜCKIGER, La loi Damoclès, p. 233 ss.

consacré à l'article 74 alinéa 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) et 2 LPE, constitue un chef d'indemnisation des atteintes à l'homme ou son environnement, qui fonctionne selon des principes sensiblement similaires au principe du perturbateur, lorsqu'il s'agit de savoir à qui imputer les coûts d'une atteinte à l'environnement.

Qu'en est-il de la force majeure, dans ce contexte? On songera notamment à l'hypothèse suivante: une entreprise soumise à l'OPAM, qui doit, à teneur de l'article 10 LPE, préserver la population des graves dommages à l'homme ou à l'environnement en cas de dangers extraordinaires, doit-elle assumer le dommage lié à la pollution engendrée non par un défaut de sécurité de l'installation, mais par la rupture de la digue d'une rivière proche, qui déborde, en raison de crues exceptionnelles? Dans un tel cas, l'autorité aura vraisemblablement pris des mesures d'urgence fondées sur l'article 59 LPE⁴¹⁴ (exécution par équivalent), puis de rétablissement de la situation (réempoissonnement, etc.) et la question qui se pose est celle de la répartition des coûts; l'un des problèmes étant notamment celui de savoir si l'Etat pourra reporter sur le pollueur tout ou partie des frais de dépollution occasionnés par une exploitation à risque, mais qui ont pour origine un cas de force majeure. Raisonne-t-on avec les mêmes mécanismes qu'en droit privé, sur ces points?

Le principe du perturbateur fait référence au principe de l'immédiateté et non de la causalité adéquate, ce qui pourrait signifier des solutions plus radicales. Selon cette théorie, définie par le Tribunal fédéral et la doctrine⁴¹⁵, *le perturbateur par comportement est celui qui a causé directement le danger ou l'atteinte; pour qu'il y ait perturbateur par situation, il faut que la chose elle-même ait constitué directement la source de ce danger ou de cette atteinte*. C'est au regard de la notion de perturbateur par situation que la question de la force majeure pose problème. Selon la jurisprudence et la doctrine précitées, peu importerait que le risque soit survenu du fait de la force majeure dans un tel cas; il suffirait qu'il existe un lien direct entre l'atteinte et la source de danger⁴¹⁶. La responsabilité selon les règles de police est également engagée lorsque la surveillance de la situation contraire à ces règles n'était pas prévisible.⁴¹⁷ Le seul fait décisif est que, d'un point de vue objectif, un danger ou une gêne soit survenu.⁴¹⁸

414 Cette disposition, fondée sur le principe du pollueur-payeur, inscrit à l'art. 2 LPE, permet à l'autorité d'exiger le remboursement des frais de l'exécution par équivalent.

415 Voir en particulier ATF 118 Ib 407 c. 4c, 415; 114 Ib 44 c. 2a, 48; ZBl 2005, 48; PETER TSCHANNEN/MARTIN FRICK, La notion de personne à l'origine de l'assainissement selon l'article 32d LPE, Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP), 8; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht: Aufgaben, p. 179 ss.

416 ATF 114 Ib 44 c. 2c aa; ZBl 1987 301 c. 1b.

417 ATF 127 I 60 c. 5c. Voir également un arrêt du TA genevois, RDAF 1994, 474 ainsi que l'ensemble des références citées.

418 ATF 114 Ib 44 c. 2c aa.

Admettre un tel régime sans modération est particulièrement rigoureux et surtout pourrait représenter des conséquences très éloignées du régime de responsabilité civile pour le même type de dommage. Alors qu'en droit public⁴¹⁹, le responsable d'une entreprise à risque pourrait se voir contraint d'assumer les frais de dépollution à la suite d'un incident qui s'est produit non pas en raison de la réalisation du risque autorisé, mais d'un événement extraordinaire – comme des crues exceptionnelles –, il pourrait invoquer la clause libératoire de la force majeure, pour les atteintes régies par le droit privé (art. 59 a al. 3 LPE).

En réalité, la jurisprudence a tempéré les conséquences de ce principe en admettant que, pour des raisons d'équité, le montant des frais à prendre en compte par le «perturbateur», ou à rembourser à l'Etat, en cas d'exécution par équivalent, peut être réduit ou supprimé⁴²⁰, notamment dans des circonstances qui sont semblables à celle que représente la prise en compte de la force majeure, en droit privé.

On peut, au vu de cette jurisprudence, sérieusement se demander si le régime du perturbateur (auquel la jurisprudence se réfère dans l'application du pollueur-payeur, à l'échelle de l'imputation des coûts) ne devient pas artificiel, au stade de la répartition des coûts et ne devrait pas être calqué sur celui de la responsabilité de l'Etat, en général, de telle sorte que l'on ferait référence au principe de causalité et non à celui d'immédiateté. C'est ce que préconisent la doctrine⁴²¹, après avoir constaté que, pour le surplus, le principe du perturbateur se conforme en divers points au régime de responsabilité civile:

- ainsi, la notion de faute – qui n'intervient pas dans la qualification de la notion de perturbateur par situation ou par comportement –, peut apparaître dans le régime de répartition des coûts, soit lorsqu'il existe plusieurs pollueurs ou perturbateurs, soit en cas d'exécution par équivalent par l'Etat;
- lorsque plusieurs perturbateurs répondent à des titres divers, l'autorité, qui entend obtenir le remboursement des frais occasionnés par les mesures de police urgentes qu'elle a dû prendre, doit en général appliquer par analogie la règle énoncée aux articles 50 alinéa 2 et 51 alinéa 2 CO, quand bien même

419 Il devrait ainsi assumer les frais d'exécution par équivalent entrepris par l'Etat, pour «éviter une menace grave, déterminer son existence ou y remédier», sur la base de l'art. 59 LPE.

420 ZBI 1987, 301, 305: un rocher d'une tonne s'est décroché d'une paroi propriété de l'Etat et a écrasé un camion, circulant normalement sur la route, ce qui a entraîné la perte de maîtrise du chauffeur et le déversement du réservoir du camion dans une rivière proche. Le camionneur a été qualifié de perturbateur par situation, en raison de la relation immédiate entre l'accident et la pollution. En revanche, pour des motifs d'équité, le Tribunal fédéral l'a libéré de toute obligation de répondre de la pollution, considérant qu'il n'avait commis aucune faute et qu'il subissait déjà un lourd dommage par la perte de son camion. Au demeurant il a été tenu compte du fait que l'Etat avait à répondre de la chute de cette pierre!

421 ETIENNE POLTIER, *Le recouvrement des frais d'intervention policières*, p.125 ss; pour une position proche, DENIS OLIVIER ADLER, *Das Verhältnis*, notamment p.106 ss.; ANNE-CHRISTINE FAVRE, *La notion de force majeure*, p. 204.

le principe du perturbateur n'est pas guidé par celui de la solidarité⁴²²; cela signifie qu'en règle générale, l'autorité devra faire valoir ses prétentions d'abord envers le perturbateur par comportement et seulement après, à titre subsidiaire, contre le perturbateur par situation⁴²³.

II. La non indemnisation des mesures de police et l'effet «domino»

Comment traiter le principe de la non indemnisation des mesures de police, au regard de risques que devrait subir le particulier touché du fait d'une activité exercée par un tiers et légalement autorisée?

En quelque sorte, les atteintes provenant de dangers naturels, dont personne ne peut assumer la responsabilité, doivent-elles être placées au même plan que celles liées à des activités anthropiques? Qu'en est-il également des situations qui évoluent, telle celle où la loi ou les circonstances changent, rendant ensuite non réglementaire une activité d'abord conforme?

Ce dernier cas est fréquent: il concerne le terrain en bordure d'une route relativement calme qui devient peu à peu excessivement bruyante; les zones, d'abord relativement peu exposées au bruit d'un aéroport, qui sont soumises à des immissions excessives ensuite du changement intervenu dans le règlement d'exploitation impliquant la modification des trajectoires de vol; l'installation suscitant un risque majeur, tombant sous le coup du régime de l'article 10 LPE et de l'OPAM, qui respecte les distances «de létalité» par rapport aux zones constructibles voisines, mais devient non conforme au gré du développement du voisinage et des nouveaux risques à prendre en considération ou au gré d'une modification dans le niveau de dangerosité; une zone constructible située dans un secteur de glissement de terrain lent devient non compatible avec les exigences de l'article 15 LAT, en raison du constat que les failles géologiques deviennent plus menaçantes.

Quels droits d'antériorité ici? Dans chacun de ces cas, il existe une référence légale qui fixe le statut de conformité, puis celui de non-conformité du bien exposé au risque. Les restrictions à la propriété peuvent être conséquentes, puisqu'elles vont de l'obligation de modifier l'exploitation d'une installation ou l'usage d'un bien-fonds à l'interdiction de bâtir ou d'exploiter, dans une situa-

422 ATF 102 Ib 203 c. 5; 107 Ia 19 c. 2b; TF 1A.156/1989 du 12 octobre 1990, ZBI 92/1991 212 c. 5a; la solidarité n'est cependant pas d'emblée exclue, TF 1A.59/1981 du 7 octobre 1981, ZBI 83/1982 541; ATF 118 Ib 407 c. 4c.

423 ATF 101 Ib 417 c. 6. Mais rien n'exclut, en cas de concours entre divers perturbateurs, que le perturbateur par situation conserve une part de responsabilité; le perturbateur par situation peut même être appelé à supporter la quotité des frais normalement à la charge du perturbateur par comportement lorsque ce dernier n'entre pas en ligne de compte en raison de son insolvabilité ou parce qu'on ignore son identité (ATF 102 Ib 209 c. 5; CLAUDE ROUILLER, L'exécution anticipée d'une obligation par équivalent, Mélanges Grisel, La Chaux-de-Fonds 1983, 600 ss, 601).

tion qui permettait cet usage auparavant; elles peuvent assurément, dans certains cas, l'être suffisamment pour répondre à la définition d'atteinte grave au sens où l'entend l'institution de l'expropriation matérielle. Or, si l'on applique à ces situations la règle selon laquelle les motifs de *police au sens étroit*, qui ont pour but d'écarter un danger, ne permettent pas l'octroi d'une indemnité, on constate une situation choquante. La problématique a largement été évoquée par la doctrine⁴²⁴ et n'est pas résolue.

III. Le faible recours à la mutualisation du risque

D'une manière générale, on constate peu de forme de solidarités du risque, dans le droit helvétique, alors qu'il est plus développé dans des pays voisins comme la France, qui connaît un fonds d'indemnisation dans la législation nucléaire, celle sur le génie génétique ou en relation avec l'amiante⁴²⁵. En particulier, la loi Barnier du 2 février 1995 sur la protection de l'environnement autorise l'administration à acquérir par expropriation les terrains et immeubles exposés à un risque – d'avalanche, d'éboulement, d'inondation, etc. –; cela permet à la fois de neutraliser le risque en diminuant ses conséquences, et de le socialiser, en indemnisant les propriétaires pour un bien qui, du fait du risque, tend à perdre de sa valeur.

E. Les droits de défense des citoyens

I. Le développement de la juridiction administrative

L'articulation entre la norme, son application par l'administration, et la conquête des garanties du citoyen, appelé à s'interposer dans ce rapport de verticalité propre au droit public, suscite des marques d'intérêts de plusieurs auteurs⁴²⁶. Ainsi que le relève PIERRE MOOR⁴²⁷, «ces garanties n'ont rien de naturel ni d'acquis: elles ont été politiquement conquises et doivent être en permanence vitalisées».

Longtemps, les rapports avec les tiers ont été considérés comme étrangers aux rapports noués en droit public, à l'instar du droit privé. Le droit administratif est réalisé par l'administration qui, en elle-même, est garante de la protection

424 ENRICO RIVA, *Materielle Enteignung*, p. 320 ss; JOST GROSS, *Staatshaftung*, p. 214 et les références citées.

425 MICHEL FRANC, *Traitement juridique du risque et principe de précaution*, p. 59 ss; JEAN-BERNARD AUBY, *L'évolution du traitement des risques*, p. 178.

426 PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique*; PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*; LATOUR, *La fabrique du droit*; OST, *Raconter la loi*; OST/VAN DER KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*?

427 PIERRE MOOR, *Dynamique du système juridique*, p. 127; HABERMAS, *L'espace public*, p. 149 ss; HABERMAS, *Droit et démocratie*, p. 188 s.

des droits subjectifs des citoyens. L'un des effets de l'Etat de droit a cependant également été celui de permettre aux administrés de défendre leurs intérêts, en gagnant notamment le droit d'être entendu.

Nous avons vu que l'accès à un contrôle juridictionnel, indépendant de l'administration, a pris du temps, en droit administratif⁴²⁸. Ainsi que l'observe TANQUEREL⁴²⁹, l'extension du contrôle judiciaire des actes administratifs constitue sans doute l'évolution la plus remarquable du droit administratif suisse durant ces cinquante dernières années.

II. L'accès au juge

L'une des évolutions majeures de la procédure administrative durant ce dernier siècle est celle de reconnaître de manière systématique l'accès au juge. La Constitution du 1874 ne connaissait pas de garantie générale du contrôle judiciaire des activités administratives⁴³⁰. Adopté en votation populaire du 12 mars 2000, l'article 29a Cst. a complété les dispositions de la Constitution de 1999, relatives aux garanties offertes aux justiciables, en prévoyant que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, sauf exception figurant dans une loi fédérale ou cantonale. Cette extension de la protection juridique est en grande partie liée aux droits de procédure déduits l'article 6 § 1 CEDH.

III. La qualité pour agir des tiers en matière d'atteintes et de risques

Dans notre domaine, c'est essentiellement la qualité pour agir des tiers touchés qui retiendra notre attention, étant entendu que l'un des grands développements de la législation, dès les années 1970 a consisté en l'octroi d'un droit de recours aux organisations qui ont pour but de défendre les intérêts de l'environnement⁴³¹. Nous n'approcherons pas cette question, mais uniquement celle de la qualité pour agir des tiers touchés.

Longtemps, la qualité pour recourir a été définie sur la base du critère de *l'intérêt juridiquement protégé*. Dans ce cadre, toute personne à qui la décision imposait une obligation ou refusait un avantage bénéficiait de la qualité pour recourir; elle avait la faculté de faire valoir que l'intérêt public était inexistant ou insuffisant à justifier la mesure prise à son encontre. En revanche, les tiers bénéficiaient plus rarement de la légitimation active; ils ne pouvaient donc pas,

428 Voir également HANS HUBER, *Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit*; ANDREAS KLEY-STRULLER, *Der richterliche Rechtsschutz*, p. 21 ss.

429 THIERRY TANQUEREL, *L'extension des voies de recours*, p. 203.

430 ATF 123 I 25; ANDREAS KLEY-SUTTER, *Der richterliche Rechtsschutz*, p. 96 s.

431 Sur ces questions, voir notamment ETIENNE POLTIER, *La qualité pour recourir des organisations à but idéal*, p. 275 ss; ANNE-CHRISTINE FAVRE, *Les nouvelles dispositions sur le droit de recours des associations à but idéal*, p. 121 ss.

en principe, faire valoir que la décision attaquée (qui avantageait, par exemple, le requérant) ne tenait pas suffisamment compte de l'intérêt public. On débouchait dans un tel régime sur une conséquence quelque peu paradoxale: la protection juridictionnelle, dans le contentieux de droit public, ne visait alors que la protection d'intérêts privés⁴³²!

Le droit suisse – d'abord au plan fédéral dès 1968, puis de manière générale, avec l'entrée en vigueur de l'article 89 al. 1 LTF – a remplacé le critère précité par celui de *l'intérêt digne de protection*. Il en résulte un élargissement de la légitimation à recourir des tiers puisqu'il suffit que ceux-ci évoquent une simple atteinte à leurs intérêts de fait, pour autant qu'elle atteigne un certain degré de gravité; si tel est le cas, ils peuvent alors invoquer toute violation d'une règle de droit; par ce biais, ils peuvent ainsi faire valoir que l'intérêt public visé par les dispositions invoquées a été insuffisamment pris en compte.

Aux termes de l'articles 89 LTF, a qualité pour former un recours en matière de droit public, quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (a); est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (c).

On peut retenir de cette jurisprudence trois catégories de situations, en matière d'atteinte ou de risque:

- a) celle du voisin situé à proximité immédiate du projet: celui-ci peut agir sans avoir à établir une gêne ou un risque particulier. Selon la jurisprudence, cette proximité est admise jusqu'à 150–200 mètres, environ⁴³³.
- b) celle du voisin qui n'est pas nécessairement tout près du projet, mais est touché par les immissions de celui-ci:
 - il faut que ces immissions soient clairement perceptibles et dérangeantes, sans qu'il soit nécessaire d'établir que les seuils sont dépassés ou qu'un assainissement est urgent⁴³⁴.
 - en principe il n'y a pas d'obstacle au fait que de nombreuses personnes soient touchées⁴³⁵.
 - le problème de cette jurisprudence, en matière d'atteintes telles que le bruit ou les pollutions, est qu'elle exige de prouver la perception de l'atteinte, alors que de nouvelles immissions peuvent être à peine perceptibles dans une situation dégradée où le droit matériel exigerait un assainissement; le critère est donc peu pertinent, ce d'autant que l'article 8 LPE exige un examen conjoint de l'ensemble des immissions. Le critère de-

432 ETIENNE POLTIER, La qualité pour recourir des organisations à but idéal, p. 278.

433 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, p. 733 et suivantes et les références citées.

434 TF du 9 juin 1992, DEP 1992 267.

435 Aéroport ou stand de tir, TF du 16 avril 2002 1A.47/2002, *La Praille*; qualité pour recourir admise contre aéroport de Zurich aussi pour ceux qui habitent l'Allemagne, car l'art. 89 LTF est applicable sans égard à nationalité ou au domicile. ATAF 2009/1, c. 6.

vrait plutôt être axé sur la gravité de la situation et l'aggravation liée à de nouveaux projets, indépendamment de leur perception par le tiers touché.

- c) celle voisin qui se situe à proximité d'une activité à risque:
- la jurisprudence est ici restrictive: il s'agit d'éviter l'action populaire;
 - il faut établir la preuve de la vraisemblance de la survenance du danger et de la gravité de la menace. La présomption d'un risque théorique pour les personnes exposées suffit. Mais la jurisprudence est variable et contestable: ainsi, la transformation des bâtiments de la fabrique de Ciba-Geigy en ville de Bâle qui produit des médicaments contenant des micro-organismes génétiquement modifiés présente un risque majeur, en cas d'accident; l'ensemble du voisinage n'a cependant pas nécessairement la qualité pour invoquer un risque théorique supposé; il faut être tout proche, ce qui a été admis pour au moins l'un des recourants⁴³⁶. La situation est semblable à proximité de centrales nucléaires, où le Tribunal fédéral admet que le voisinage le plus proche (dont le cercle reste à définir) a un intérêt digne de protection à agir⁴³⁷. Dans la jurisprudence du Conseil fédéral, un cercle d'habitants dans un rayon d'environ 20 km correspondant aux zones de protection I a été admis comme décisif⁴³⁸.
 - en revanche, la proximité n'a pas été suffisante pour les riverains d'installations fixes servant aussi aux transports de produits dangereux (ligne de chemin de fer transportant des déchets radioactifs). Pour être admis à agir, il faut que les riverains prouvent qu'ils sont exposés à une mise en danger concrète au-dessus de la moyenne, par le fait que ce type de transport présente un risque particulier, ce qui n'est pas le cas, compte tenu des mesures de prévention prises. La motivation n'est pas convainquante car elle repose sur le fait que le risque est faible même en cas d'accident, vu que les riverains ne sont pas exposés en permanence;
 - curieusement, dans le domaine du rayonnement électromagnétique où le risque est moindre, du moins quant à son étendue spatiale, le Tribunal fédéral a construit une jurisprudence spéciale dans laquelle il admet que le cercle des personnes habilitées à agir correspond aux personnes situées dans un rayon à l'intérieur duquel le rayonnement est supérieur à 10% de la valeur limite de l'installation. Cela donne un cercle assez large (rayon d'environ 311 m dans cette affaire⁴³⁹).

Il résulte de cette jurisprudence que plus le danger est important, moins les critères déterminants sont satisfaisant, puisque l'on crée fictivement un périmètre

436 ATF 121 II 176. Sur la pertinence de cette jurisprudence, voir ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten, N° 546 ss.

437 ATF 120 Ib 379.

438 JAAC 69.111.

439 ATF 128 II 168.

de personnes supposées légitimées à être plus exposées que d'autres. Il n'est par ailleurs pas cohérent de se référer aux mécanismes de l'action populaire pour éviter des recours abusifs. Celui qui est exposé à une concentration de risques ou d'atteintes sur un seul lieu potentiel et qui peut s'attendre à des dommages d'une certaine gravité devrait être légitimé à agir, même si cela implique, pour certaines installations, que pratiquement tout le territoire suisse le soit (centrales nucléaires)⁴⁴⁰.

Ces remarques sont d'autant plus vraies qu'au regard du principe de précaution, le Tribunal fédéral a considéré que s'agissant des *nouvelles technologies* qui présentant des *risques difficilement prévisibles*, le périmètre donnant le droit de recourir ne devrait pas être délimité de manière trop étroite⁴⁴¹. Il est incohérent d'ouvrir largement le périmètre des recourants potentiels pour une installation de téléphonie mobile ou la dispersion d'OGM dans l'environnement⁴⁴² et de ne pas le faire pour une installation présentant un risque majeur.

F. L'eupéanisation et l'internationalisation du droit administratif

I. Le droit de police de la communauté européenne

On assiste incontestablement à une certaine eupéanisation du droit administratif, cela particulièrement dans le domaine environnemental. Le droit administratif, autrefois à caractère national et qui avait pour fondement exclusif la souveraineté du législateur national, s'aligne de plus en plus sur les procédures du droit européen, le droit européen ainsi que les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence communautaire. Ce point est indiscutable pour les pays membres de l'Union européenne, depuis un vingtaine d'années, dès lors que les règles juridiques attachées à certaines politiques communautaires sont peu à peu mises en œuvre par des organes de la Communauté, dans un schéma d'administration directe; et qu'il n'est plus possible de se reposer exclusivement sur le principe décentralisateur de l'autonomie institutionnelle et procédurale des

440 Voir également dans ce sens CHRISTOPH ERRASS, Zur Notwendigkeit, p. 1355 ss.

441 ATF 129 II 286.

442 TAF A-6728/2007 du 10 novembre 2008, c. 3.4, concernant les OGM: «dès lors que l'on a affaire à une technologie dont les conséquences sont difficilement estimables (...), il paraît en l'état extrêmement difficile de contester le critère de la distance de vol du pollen comme base de légitimation au recours. Il est tout aussi difficile de considérer que ce critère serait le seul à prendre en considération dès lors que les caractéristiques génétiques de plantes génétiquement modifiées pourraient, en théorie en tous cas, se propager dans l'environnement en utilisant un autre vecteur que le vent (...). Les distances pourraient, dans ce cas, être plus grandes, voire difficilement estimables. Tout aussi difficiles à estimer sont les effets réels et concrets que la dissémination est susceptible d'avoir sur des tiers, et ce qu'il s'agisse de retenir le critère du vol de pollen ou non».

Etats. La Communauté doit ainsi aussi s'intéresser à la manière dont les droits administratifs nationaux organisent sa mise en œuvre⁴⁴³. C'est ainsi que certains auteurs évoquent un nouveau *Ius commune* européen, avec pour conséquence une convergence des droits administratifs nationaux⁴⁴⁴.

En matière de droit de police, les compétences restent celles des Etats, «seuls compétents pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité nationale» (art. 4 al. 2 du Traité). La politique communautaire en matière de protection de l'environnement, qui découle de l'article 191 du Traité, foisonnante⁴⁴⁵, peut impliquer le développement d'un droit de police spécial, fondé sur les principes de prévention et précaution, notamment.

Il est certain que la tendance à l'unification des règles et normes techniques exerce une incidence sur le droit suisse. Ainsi, la législation est harmonisée au droit international ou communautaire dans de nombreux domaines tels que le génie génétique⁴⁴⁶, l'exploitation de l'énergie nucléaire⁴⁴⁷, le rayonnement non ionisant⁴⁴⁸; elle peut aussi procéder par renvoi direct au droit communautaire qui devient directement contraignant (ainsi, en matière de substances dangereuses⁴⁴⁹, et d'OGM⁴⁵⁰).

Néanmoins, il ne s'agit de loin pas d'une absorption complète; en de nombreux domaines, qui impliquent une action locale, comme la gestion des atteintes telles que le bruit ou la pollution de l'air, le droit suisse se singularise par rapport au droit européen.

443 JEAN-BERNARD AUBY, Introduction générale, p. 2.

444 JÜRGEN SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*; STEFAN KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*; MARIO CHITI, *Diritto amministrativo europeo*; PATRICK BIRKINSHAW, *European Public law*; PAUL CRAIG, *EU Administrative Law*.

445 On comptait en 2002 plus de 300 actes réglementaires en droit de l'environnement, soit près de 800 pour du droit dérivé (NICOLAS DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, p. 8).

446 Le droit suisse va ainsi s'orienter par rapport aux directives pertinentes de l'Union européenne les plus récentes et au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques relatifs à la convention sur la diversité biologique; cf. rapport de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture, du 30 avril 2001, BOCE 2001, session d'été, séance n° 7 du 13.06.2001.

447 Voir par exemple l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LEnu; 732.44) qui renvoie aux mesures de protection obéissant aux principes reconnus sur le plan international. L'ensemble des principes de sécurité nucléaires de la législation suisse s'inspire des principes de la Convention sur la sûreté nucléaire (message du Conseil fédéral, FF 2001 2529, pp. 2555 et 2596).

448 En matière de rayonnement non ionisant, ce sont les valeurs limites d'immissions publiées en avril 1998 par la Commission internationale pour la protection contre le rayonnement non ionisant (ICNIRP) qui ont été adoptées pour la protection contre les effets thermiques du rayonnement (Rapport ORNI, p. 6).

449 Voir art. 2 de l'ordonnance fédérale du DFI du 28 juin 2005 sur la classification et l'étiquetage officiel des substances qui renvoie à l'annexe I de la directive 67/548/CEE. Cette ordonnance déclare aussi contraignants la classification et l'étiquetage du répertoire des nouvelles substances notifiées dans l'UE (ELINCS).

450 Art. 19 al. 2 let. b et 28 al. 2 let. a ODE qui renvoie aux annexes IIIA ou IIIB et IV de la Directive 2001/18/CE.

En matière de protection contre les risques majeurs, les Directives Seveso⁴⁵¹ adoptent des seuils (seuils hauts et bas) qui peuvent être nettement moins restrictifs que ceux de l'OPAM; l'étude de risque n'est pas non plus comparable, dès lors qu'en droit suisse, il s'agit de tenir compte de l'ampleur des dommages et de leur probabilité d'occurrence, alors que le droit européen se limite à différencier les établissements présentant un seuil bas de risque par à ceux qui présentent un seuil haut, ces derniers étant seuls tenus d'établir un rapport de sécurité, dans lequel ils démontrent notamment qu'une politique de prévention des accidents majeurs et un système de gestion de la sécurité ont été mis en œuvre⁴⁵². D'autres différences seraient encore à constater, comme le fait que les Directives Seveso ont une approche de la gestion territoriale des risques, alors qu'en droit suisse, le domaine de la protection contre les accidents majeurs est dominé par le principe du pollueur-payeur⁴⁵³.

En résumé, le droit européen exerce incontestablement des effets «*top down*» sur le droit suisse, du moins sur le plan du droit matériel, cela essentiellement dans les domaines techniques.

II. Le Conseil de l'Europe

En réalité, c'est beaucoup plus au regard de l'influence des institutions du Conseil de l'Europe que le droit administratif a subi l'influence du droit européen.

Par la signature de la Convention européenne des droits de l'homme les Etats membres du Conseil de l'Europe ont garanti les droits fondamentaux, civils et politiques, non seulement à leurs ressortissants, mais aussi à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Signée le 4 novembre 1950 à Rome, la Convention est entrée en vigueur en 1953. La Cour européenne des droits de l'homme, instituée en 1959, a marqué l'évolution des législations nationales, non seulement sur le plan procédural, par sa jurisprudence rendue en application de l'article 6 § 1 CEDH, mais également par celle rendue en application des articles 2, 8 et 10 CEDH, en matière de droits fondamentaux touchant à la protection de l'environnement.

En ce qui concerne l'article 6 § 1 CEDH, qui fonde le droit à un procès équitable, la Cour EDH a précisé qu'il convenait d'inclure dans la notion de

451 Ces directives, adoptées depuis la catastrophe de Seveso, sont au nombre de trois: Seveso I (Directive 82/501/CEE du Conseil du 24 juin 1982) concernant les risques d'accident majeurs de certaines activités industrielles; elle a été abrogée par la Directive Seveso II (Directive 96/82/CE du Conseil du 9 décembre 1996) concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, elle-même modifiée par la Directive Seveso III (Directive 2003/105/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2003 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses).

452 JEAN-MICHEL BRAHIER, Installations dangereuses et aménagement du territoire, N° 159 ss.

453 TF 1A.14/2005 du 8 août 2006, *Aigle* et TF 1A.83/2006 du 1^{er} juin 2007, *Vernier*.

contestation sur des droits et obligations de caractère civil des litiges portant sur des matières régies, selon la conception interne helvétique, par le droit administratif. Cette assimilation des affaires relevant du droit administratif à celles de nature civile est cependant loin d'être totale.

L'analogie est admise dans le cadre de litiges touchant au droit de propriété, comme les questions d'expropriation, les restrictions au droit de construire résultant de mesures de protection du patrimoine ou d'aménagement du territoire, ou, plus généralement, les mesures à propos desquelles des propriétaires invoquent une violation de norme tendant entre autres à le protéger⁴⁵⁴. C'est également le cas des litiges en matière de responsabilité de l'Etat⁴⁵⁵.

En matière environnementale, il peut exister une certaine difficulté à évoquer la notion de «litige de nature civile».

Ainsi, la contestation du permis d'exploiter une centrale nucléaire ne revêt pas un caractère civil dans la mesure où il n'y a pas de lien suffisamment étroit entre les conditions d'exploitation et le droit à la protection physique des requérants, ces derniers n'étant pas en mesure de démontrer l'existence d'une menace précise et imminente⁴⁵⁶. Le lien entre une décision de prolonger l'exploitation d'une centrale nucléaire et le droit à l'intégrité de la personne physique reste «trop ténu et lointain». Qui plus est, il n'est pas possible, aux yeux de la Cour EDH, de «puiser dans l'article 6 § 1 de la convention un recours pour contester le principe même de l'utilisation de l'énergie nucléaire»⁴⁵⁷. Dans les deux cas, les requérants se situaient dans la zone de confinement N° 1, entourant la centrale dans un rayon de 4 à 5 km, soit à une distance qui donne à ces requérants la qualité pour agir en droit suisse contre les décisions administratives.

S'agissant de la jurisprudence rendue en relation avec les articles 2, 8 et 10 CEDH en matière de gestion des atteintes environnementales, nous n'allons pas l'évoquer en détail, mais on peut rappeler ces quelques points:

Il a été déduit des dispositions précitées un «droit fondamental à un environnement sain», qui fonde tant des devoirs d'abstention de l'Etat, eu égard aux droits individuels, que des obligations positives, de mettre en œuvre la législation environnementale. De plus en plus, les requérants dénoncent des inactions de l'Etat à éviter une atteinte environnementale, à informer le public⁴⁵⁸.

Ce droit fondamental n'est pas autonome, en ce sens qu'il s'inscrit en prolongation de droits individuels comme le droit à la santé, à la vie ou au droit à la vie privée et au domicile; on parle d'effet «ricochet»⁴⁵⁹. L'environnement

454 ATF 120 Ia 209, 213 ss; ATF 121 I 30, 34/35; ATF 122 I 294, 297; ATF 127 I 44, 45 ss.

455 ATF 126 I 228, 230; ATF 123 I 87, 88; ATF 119 Ia 221, 225.

456 Cour EDH du 26 août 1997, Balmer – Schafroth c. Suisse.

457 Cour EDH du 6 avril 2000, Athanassoglou et crts c. Suisse.

458 Notamment Cour EDH du 27 janvier 2009, Tatar c. Roumanie.

459 Parmi les nombreuses contributions consacrées à la CEDH et la protection de l'environnement, VINCENT MARTENET, *Le droit à un environnement sain: de la Convention européenne de droits de l'homme à la constitution fédérale?* p. 137 ss.; ANNE-CHRISTINE FAVRE, *Le droit de*

n'est ainsi pas protégé en tant que tel⁴⁶⁰, mais uniquement dans ses incidences sur l'homme.

Dans son mécanisme, même si, au regard d'une violation de l'article 8 CEDH, il permet de prendre en compte des aspects relativement variés de la vie privée (bien-être, quiétude, ...), dans la majorité des cas, il importe que la victime établisse une atteinte ou une vraisemblance de menace d'atteinte à sa santé; la seule violation de normes en matière de limitation des immissions ne serait pas suffisante, par exemple. La Cour n'adhère ainsi pas au principe de prévention et encore moins de précaution, en exigeant que des indices raisonnables et convaincants soient produits; «de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes»⁴⁶¹. Cependant, un pas a été franchi dans une affaire récente, où la Cour EDH, confrontée à des analyses scientifiques contradictoires quant à l'impact sur la santé du cyanure de sodium, s'est référée au principe de précaution pour condamner la pauvreté du travail d'investigation quant aux risques encourus par la population riveraine, qui avait précédé la délivrance de l'autorisation de la mine d'or⁴⁶².

La protection de la vie et de la santé invite l'Etat à agir même contre des catastrophes naturelles⁴⁶³.

Enfin le droit à l'information découlant de l'article 10 CEDH présente deux facettes: le droit de recevoir des informations et celui d'exprimer des idées. Ce droit est souvent absorbé par les obligations qui découlent de l'article 8 CEDH, de la part de l'Etat; par ailleurs, lorsqu'il a une portée autonome, il contraint le requérant à apporter la preuve que l'activité au sujet de laquelle il cherche à s'informer présente un caractère dangereux⁴⁶⁴.

III. L'incidence du droit international sur le droit suisse

L'incidence du droit international se manifeste tant par la *soft law* (Déclaration de Stockholm en 1972, de Rio, en 1992) que par diverses conventions internationales signées dans des domaines spécifiques (Convention de Bâle en sur le

la protection de l'environnement: quels mécanismes de contrôle?, p. 157 ss; NICOLAS DE SADELEER, Environnement et marché intérieur, p. 100 ss.

460 Cour EDH du 22 mai 2003, *Kyrtatos c. Grèce*.

461 Cour EDH du 29 juin 1999, *Asselbourg c. Luxembourg*.

462 Voir à cet égard, l'affaire *Tatar c. Roumanie*, Cour EDH du 27 janvier 2009; cependant cet arrêt invite tout-de-même à se référer au lien de causalité classique concernant le dommage subi par les requérants, ce que deux juges ont contestés dans une opinion dissidente.

463 Cour EDH du 22 mars 2008, *Boudaïeva et autres c. Russie*, décès dû à une coulée de boue: la Cour a conclu à la violation de l'article 2 dès lors que rien ne justifiait le manquement des autorités à mettre en oeuvre des politiques d'aménagement du territoire et de secours d'urgence dans la zone à risques, au regard du danger prévisible qui pesait sur la vie des habitants. La Cour a jugé qu'il y avait un lien de cause à effet entre les graves carences administratives et le décès du requérant.

464 NICOLAS DE SADELEER, Environnement et marché intérieur, p. 109.

contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination Conclue à Bâle le 22 mars 1989⁴⁶⁵; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, conclu le 11 décembre 1997⁴⁶⁶).

C'est surtout en tant qu'aide à l'interprétation des principes que la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre que la *soft law* peut être d'un appui intéressant. Ainsi, il n'est pas possible de comprendre le sens du principe de précaution ou celui du développement durable, sans remonter à leur source. Le Tribunal fédéral a procédé de la sorte lorsqu'il est s'agit de dégager la signification de ces principes, dans l'arrêt dit la «vache folle»⁴⁶⁷.

G. Conclusions

1. Le droit administratif constitue une branche de l'état de droit (*Staatsrecht*) au sens large. Il ne s'est formé que lentement, en relation avec les différents domaines de l'administration. Contrairement au droit privé, il n'a pas fait l'objet d'une codification générale; si les normes du droit matériel sont dispersées dans la législation spéciale, le droit de procédure a tendance à suivre désormais la voie d'une codification, ce qui est heureux.
2. Il est difficile, en revanche, d'imaginer une vraie codification du droit matériel. D'une part, les principes du droit administratif ressortissent pratiquement tous au droit constitutionnel, de telle sorte que le cœur de l'action du droit administratif s'y trouve déjà centralisé. D'autre part, sous réserve de quelques institutions, comme la capacité, la prescription, les modalités de transfert et d'extinction des droits, l'exécution forcée, les régimes de la législation spéciale sont trop diversifiés pour permettre une réelle codification.
3. Le droit de police, de discrétionnaire, en ce sens qu'il pouvait être mis en œuvre sur la base de simples instructions ou recommandations écrites, est devenu l'activité principale de l'Etat de droit et la première, à l'époque des droits de l'homme, à nécessiter d'être régulée par la loi. Le propre de l'Etat libéral est précisément d'institutionnaliser le recours à la légalité. La densité normative devrait être forte, dès que l'on touche aux droits fondamentaux. En réalité, dans les domaines technologiques, impliquant un risque, on constate un retour à un pouvoir discrétionnaire:
 - D'une part, par le fait que la loi ne permet pas d'aborder de manière autre que par des normes indéterminées des situations techniques ou à risque; il en résulte une dilution du droit dans le pouvoir réglementaire,

465 RS.0.814.05.

466 RS.0.814.011.

467 ATF 132 II 305 ss, p. 320.

mais aussi dans des textes inférieurs comme les directives, recommandations. Si le recours à la norme indéterminée est admis en droit de police et justifié, généralement par les meilleures connaissances de l'administration, il est contestable que des notions telles celle définissant le «risque résiduel» ou le «risque acceptable» ne soient pas discutées par le Parlement; on se trouve en présence d'un problème qui ne relève plus de la technicité du droit, mais d'un choix politique, qui doit être soumis à un contrôle démocratique. Cela d'autant que, en fin de compte, ce sont les moyens de mise en œuvre que le Parlement admet de donner à l'exécutif qui peuvent en dépendre.

- D'autre part, des principes comme celui de proportionnalité – qui originellement invite à gérer les atteintes aux libertés individuelles, mais demande désormais aussi de gérer les moyens à disposition pour parer à un risque –, et ceux de prévention et de précaution – dont les contours peuvent être encore flous –, accordent des marges de manœuvre importantes à l'administration, tout en l'invitant à anticiper au mieux les risques (ni trop tôt, ni trop tard; ni trop de moyens, ni pas assez). En fin de compte, on n'a pas nécessairement beaucoup avancé par rapport au pouvoir d'opportunité du droit de police.
- 4. Le droit de police est un concept qui a lui-même évolué; dès l'origine, cependant, il n'a pas uniquement pour rôle de fonder des restrictions aux libertés, mais aussi d'inviter l'Etat à fournir des prestations, notamment en matière de préservation contre des dangers.
- 5. La notion de police au sens étroit conserve notamment un sens en matière de restrictions à la liberté économique, et d'indemnisation. Dans ce contexte, l'imputabilité du risque peut être inéquitable, lorsque celui-ci est généré par un tiers, légalement autorisé à exercer son activité. La référence aux biens de police guide par ailleurs l'ensemble de l'activité administrative (législateur, autorité d'exécution) dans la hiérarchie des valeurs, en situation de pesée des intérêts, lorsqu'il s'agit de dénier des droits ou situations acquises (dans le régime de la prescription des actes d'intervention, par exemple), (lors d'une révocation par exemple), mais aussi dans le régime de la responsabilité de l'Etat, lorsqu'il s'agit d'apprécier les obligations d'agir, destinées à préserver d'un danger.
- 6. L'Etat exerce une position de garant liée à son obligation de protection des biens de police, cette tâche, devant s'apprécier à l'aune des moyens (financiers, organisationnels) qu'il est possible d'exiger de lui à cet égard; il s'agit là d'une question difficile, et qui s'apprécie de cas en cas.
- 7. Les années 1960 et suivantes, marquent un tournant à plusieurs titres;
 - plusieurs institutions ont été reconnues par le droit prétorien telles que la garantie de la propriété et l'expropriation matérielle, qui constitue l'une des formes de clauses générales auxquelles le droit administratif recourt pour compenser des situations inéquitables;

- sur le plan législatif, ces années représentent également le début du droit de l'environnement et de l'étendue des droits juridictionnels des citoyens;
 - cette évolution n'est pas encore aboutie du point de vue de la protection des tiers touchés, dans une situation à risque; la jurisprudence est très insatisfaisante à cet égard, en soumettant à une relation de proximité qui peut être arbitraire ou à une notion de risque concret, impossible à déterminer, la possibilité d'agir du voisinage.
8. En parallèle à une procéduralisation de l'anticipation des risques se profilent un certain nombre de mesures collatérales quant aux connaissances du risque, comme l'obligation de veille scientifique, l'obligation de mener à bien des recherches, l'obligation d'informer le public; ces mesures ne doivent pas être alibi et devraient permettre un réel débat sur la notion de risque acceptable.
 9. La gestion de la notion de risque acceptable est essentiellement laissée à l'exécutif, soit dans le cadre de normes inférieures, comme les ordonnances ou recommandations, soit à l'occasion de décisions concrètes; il s'agit pourtant d'une notion qui nécessite un débat populaire, du moins chaque fois que l'état des connaissances le permet; dans certains domaines (accidents majeurs, protection contre les atteintes telles que bruit ou pollutions), on a acquis des connaissances qui permettent au législateur de trancher les questions décisives.
 10. Dans l'imputation des risques, les traces laissées par le principe du perturbateur sont trop rigides pour permettre de gérer à satisfaction des situations qui relèvent désormais de la planification des risques et des atteintes. Le fait qu'un particulier doive subir, sans indemnité possible, les effets dangereux pour sa santé liés à l'exploitation d'une activité autorisée, pose problème; les principes d'anticipation des atteintes et du pollueur-payeur du droit de l'environnement ne permettent pas totalement de juguler cet effet, en raison des dérogations possibles à l'obligation de respecter les seuils limite (notamment en matière de protection contre le bruit, mais également dans l'OPAM, en considération de la pesée des intérêts qui peut devoir être faite si l'on dépasse la notion de «risque acceptable»). Dans les centres urbains, aucune voie ferroviaire permettant le transport de matériaux dangereux ne respecte la distance létale à respecter par rapport à la protection contre l'incendie ou une explosion!
 11. Peut-être devrait-on songer à des régimes de solidarisation du risque, notamment en matière de dangers naturels. Cela permettrait d'éviter les pressions excessives qui pèsent sur les autorités en charge de gérer l'aménagement du territoire.

Bibliographie

- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, Berne 2006.
- ARNOLD KARL, Verwaltungs- und Regierungstätigkeit durch eidgenössische Kommissionen, Fribourg 1969.
- AUBY JEAN-BERNARD, L'évolution du traitement des risques, *Revue européenne de Droit public*, 2003, p. 169–188.
- AUBY JEAN-BERNARD, Introduction générale, *Droit administratif européen*, Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère (édit.), Bruxelles 2007.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I et II, Neuchâtel 1967.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- BÄHR OTTO, *Der Rechtsstaat*, Kassel/Göttingen 1864.
- BÄUMLIN RICHARD, *Staat, Recht und Geschichte*, Zurich 1961.
- BECK ULRICH, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt 1986.
- BECK ULRICH, *La société du risque: sur la voie d'une autre modernité*, traduit de l'allemand par Laura Bernardi, Paris 2008.
- BELLANGER FRANÇOIS/DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, Loi sur la protection de l'environnement (LPE), commentaire de l'art. 6, Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Berne 2010.
- BIRCHMEIER WILHELM, *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesrechtspflege*, Zurich 1950.
- BIRKINSHAW PATRICK, *European Public Law*, Londres 2003.
- BLANCHARD THIBAUT, *Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif: étude de droit vaudois, historique et comparée*, Thèse Lausanne 2005.
- BOVAY BENOÎT (avec la collaboration de BLANCHARD THIBAUT), *Procédure administrative*, Berne 2000.
- BRAHIER JEAN-MICHEL, *Installations dangereuses et aménagement du territoire, protection contre les accidents majeurs et maîtrise des constructions à proximité des installations dangereuses*, Thèse Fribourg 2010.
- BRANDT ERIC, La juridiction administrative dans le Canton de Vaud, *La justice administrative bernoise, histoire et actualité, 100 ans du Tribunal administratif du canton de Berne*, Herzog Ruth/Feller Reto (édit.), Berne 2010.
- BURCKHARDT WALTHER, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, *Burckhardt Walther, Aufsätze und Vorträge 1910–1938*, Berne 1970, p. 236 ss.
- BURDEAU FRANÇOIS, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris 1995.
- BÜTLER MICHAEL, *Gletscher im Blickfeld des Rechts*, Thèse Berne 2006.
- BÜYÜKSAGIS ERDEM, La relativité de la sécurité du produit: différentes circonstances, différents défauts, différents régimes de responsabilité, *RDS* 2010 I 29 ss, p. 41.

- CABALLERO FRANCIS, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris 1981.
- CERUTTI DAVIDE, Risque (s) et droit: oxymore ou tautologie?, *Risque(s) et droit*, Meyer Philippe/Papaux Alain (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2010.
- CHAPUISAT EDUARD, La notion d'administration, *ZBl* 5 (1904).
- CHAPUS RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, Paris 2006.
- CHARBONNEAU SIMON, *Droit communautaire de l'environnement*, Paris 2006.
- CHAULMONTET SEBASTIEN, *Verursacherhaftungen im Schweizer Umweltrecht*, Thèse Zurich, Bâle, Genève, 2009.
- CHITI MARIO, *Diritto amministrativo europeo*, Milan 2003.
- CRAIG PAUL, *EU Administrative Law*, Oxford 2006.
- DREWS BILL/WACKE GERHARD/VOGEL KLAUS/MARTENS WOLFGANG, *Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, Vogel Klaus/Martens Wolfgang (édit.), Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1986.
- DE SADELEER NICOLAS, *Environnement et marché intérieur*, Bruxelles 2010.
- DUBEY JACQUES, La limitation préventive des atteintes à l'environnement entre liberté et neutralité économique – Le «possible», le «supportable» et le «raisonnable», *Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités: travaux de la Journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 11 juin 2008, Lausanne 2009*, Sifonios David, en collaboration avec Braun Martina et Lukic Susana (édit.), Lausanne 2009, p. 115–158.
- ERRASS CHRISTOPH, Die Notwendigkeit der Einführung einer Populärbeschwerde im Verwaltungsrecht, *PJA* 2010, p. 1351 ss.
- ERRASS CHRISTOPH, Recht als Risiko für die Sicherheit oder Sicherheit als Risiko für das Recht?, *Sécurité et droit*, 1/2010, p. 24 ss.
- ERRASS CHRISTOPH, *Katastrophenschutz, Materielle Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 und 4 USG*, Thèse Fribourg 1998.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, Le droit à la protection de l'environnement: quels mécanismes de contrôle, *Biosphère et droit fondamentaux*, Papaux Alain (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 157–190.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, Les nouvelles dispositions sur le droit de recours des associations à but idéal, *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne – Textes réunis par: Tappy Denis, Kahil-Wolf Bettina et Bruchez Léonard*, Genève-Zürich-Bâle 2010, p. 121–143.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, Commentaire ad art. 7 al. 1 à 4, Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), *Loi sur la protection de l'environnement (LPE)*, Commentaire, Berne 2010.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, La notion de force majeure et de cas fortuit, en relation avec des événements naturels, dans le régime de la responsabilité civile privée ou de droit public, *Sécurité et droit*, 3/2009, p. 193 ss.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, Durabilité – L'entreprise et le développement durable: entre démarches volontaires et exigences légales, *Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités: travaux de la Journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 11 juin 2008, Lausanne 2009*, SIFONIOS David, en collaboration avec BRAUN Martina et LUKIC Susana (édit.), Lausanne 2009, p. 115–158.

- FAVRE ANNE-CHRISTINE, avec la collaboration de JUNGO FABIA, *Chronique du droit de l'environnement*, Première partie: Principes généraux, taxes et assainissements, *RDAF* 2008, pp. 17–47.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, *La protection contre le bruit dans la loi sur la protection de l'environnement, Le système – les particularités liées à l'aménagement du territoire*, Thèse Lausanne, Zurich 2002.
- FLEINER FRITZ, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, traduction de Charles Eisenmann, Paris 1933.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale, *DEP* 2009, pp. 749–788.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le développement durable en droit constitutionnel suisse, *DEP* 2006, pp. 471–526.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, La loi Damoclès, *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (édit.), Berne 2005, pp. 233–247.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, *RDS* 2004 II, p. 159 ss.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand?* Berne 1998.
- FORSTHOFF ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1966, trad. Michel Fromont, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles 1969.
- FRANC MICHEL, Traitement juridique du risque et principe de précaution, *Revue européenne de Droit public*, 2003, p. 59–72.
- FRICK MARTIN, *Das Verursacherprinzip in Verfassung und Gesetz*, Thèse Berne 2004.
- GARZONI FERNANDO, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Zurich 1952.
- GILLIARD FRANÇOIS, Vers l'unification du droit de la responsabilité, *RDS* 1967 II 193 ss.
- GRIFFEL ALAIN, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zurich 2001.
- GRISEL ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, Volume I et II, Neuchâtel 1984.
- GRISEL ETIENNE, *Liberté économique, libéralisme et droit économique en Suisse*, Berne 2006.
- GRISEL ETIENNE, La définition de la police, *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes*, Bâle 1975.
- GRINEVALD JACQUES, Qu'est-ce que la Biosphère? *Biosphère et droit fondamentaux*, Papaux Alain (édit.), Genève, Zürich, Bâle 2011, p. 9–51.
- GROSS JOST, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Berne 2001.
- GYGI FRITZ, *Verwaltungsrecht: Eine Einführung*, Bern 1986.
- GYGI FRITZ, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986.
- GYGI FRITZ, Zum Polizeibegriff, *Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers*, Berne 1986, 305 ss.
- HABERMAS JÜRGEN, *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, trad. M. B. de Launay, Paris 1986 (éd. all., 1990; 1^{ère} éd. all. 1962).

- HABERMAS JÜRGEN, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. Chr. Bouchindhomme/R. Rochlitz, Paris, 1997 (éd. all., 1992).
- HACHEZ ISABELLE, *Le principe de standstill dans le droit de droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Athènes/Bruxelles/Baden-Baden, Thèse 2008.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich St-Gall 2010.
- HÄNER ISABELLE, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich 2000.
- HÄNNI PETER, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, en collaboration avec Gredig Markus et Mahaim Raphaël, Berne 2008.
- HERTIG RANDALL MAYA, *L'expropriation matérielle, La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Tanquerel Thierry/Bellanger François (édit.), Genève, Zurich, Bâle 2009.
- HOFER SIBYLLE, *Der lange Weg zum bernischen Verwaltungsgericht, Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Herzog Ruth/Feller Reto (édit.), Berne 2010.
- HUBER HANS, *Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen*, Bâle 1950.
- HUBERT WILLEMS PIERRE GASPARD, *Le droit public romain*, Louvain 1910.
- JOST ANDREAS, *Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht*, Berne 1975.
- KADELBACH STEFAN, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Tübingen, 1999.
- KLEY-STRULLER ANDREAS, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zurich 1995.
- KLOEPFER Michael, *Umweltrecht*, Munich 2004.
- KOECHLIN Dominik, *Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz, unter besonderer Berücksichtigung der Emissions- und Immissionsgrenzwerte*, Thèse Berne, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1989.
- KÖLZ ALFRED, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Berne 1992.
- KÖLZ ALFRED, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, RDS 1983 II 101 ss.
- KNAPP BLAISE, *Précis de droit administratif*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991.
- KNAPP BLAISE, *Les limites à l'intervention de l'Etat dans l'économie*, ZBl 1990 241–269.
- KNAPP BLAISE, *Responsabilité de l'Etat en cas de catastrophes naturelles*, RDS 1986 I 589 ss.
- LINSI CHRISTIAN, *Verfassungsrechtliche Zuständigkeit des Bundes für den Erlass von Polizeirecht*, Leges 2008/3, p. 465 ss.
- LACHAUME JEAN-FRANÇOIS/PAULIAT HÉLÈNE, *Droit administratif, Les grandes décisions de jurisprudence*, Paris 2010.
- LATOUR BRUNO, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris 2004.
- MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, *Die polizeiliche Generalklausel, Sécurité et droit*, 1/2008 p. 4 ss.

- MARQUARDT BERND, *Das römisch-deutsche Reich als segmentäres Verfassungssystem* (1348–1806/48), Versuch zu einer neuen Verfassungstheorie auf der Grundlage der Lokalen Herrschaften, Berne 1999.
- MARTENET VINCENT, Le droit à un environnement sain: de la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution fédérale, *Biosphère et droit fondamentaux*, Pappaux Alain (édit.), Genève/Zürich/Bâle 2011, p. 137–156.
- MESTRE JEAN-LOUIS, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2011.
- MOOR PIERRE, *Dynamique du système juridique, une théorie générale du droit*, Genève/Zürich/Bâle 2010.
- MOOR PIERRE, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005.
- MOOR PIERRE, *Droit administratif, Volume I: Les fondements généraux*, Berne 1994.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991.
- MÜLLER MARKUS, *Droit administratif, Origine et spécificité*, Berne 2006.
- MURSWIEK DIETRICH, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin 1986.
- NEF JÜRIG, *Haftpflicht und Versicherungsschutz des Bergsteigers*, Thèse Zurich, 1987.
- NOBEL PETER, Der Risikobegriff und rechtliche Risiken, *RDS* 2010 I, p. 3–27.
- OST FRANÇOIS, *Raconter la loi – aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris 2004.
- OST FRANÇOIS/VAN DER KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002.
- PIETZKER JOST, Mitverantwortung des Staates, Verantwortung des Bürgers, *Juristenzeitung*, Tübingen 1985, p. 209 ss.
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zurich/St-Gall 2007.
- PAREJO ALFONSO LUCIANO et al., *Manual de derecho administrativo comunitario*, Madrid 2000.
- POLTIER ETIENNE, La qualité pour recourir des organisations à but idéal, *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, Textes réunis par: Tappy Denis, Kahil-Wolf Bettina et Bruchez Léonard, Genève/Zürich/Bâle 2010, p. 275–287.
- POLTIER ETIENNE, Le recouvrement des frais d'intervention policières auprès des administrés, *Recueil de travaux en l'honneur du professeur François Gilliard*, Lausanne 1987, 125 ss.
- RAUSCH HERIBERT, *Studien zum Umweltrecht*, Zurich, 1992.
- REINHARD VON SUMISWALD HANS, *Allgemeines Polizeirecht, Aufgaben, Grundsätze und Handlungen*, Berne/Stuttgart/Vienne 1993.
- RHINOW RENÉ/KRÄHEMANN BEAT, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) Auflage der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René A. Rhinow, Basel/Frankfurt a.M. 1990.

- RIVA ENRICO, *Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes*, Berne 2007.
- RIVA ENRICO, Bau- und Nutzungsbeschränkungen aufgrund von umweltrechtlichen Vorschriften – wann ist Entschädigung geschuldet? *DEP* 1998 462 ss.
- RIVA ENRICO, *Hauptfragen der materiellen Enteignung*, Berne 1990.
- RUCK ERWIN, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Band I et II, Zurich 1951.
- SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel*, Berne 1982.
- SCHERRER KARIN, *Handlungs- und Kostentragungspflichten bei Altlastensanierungen*, Thèse Berne 2005.
- SCHINDLER BENJAMIN, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/Sain-Gall 2010.
- SCHINDLER BENJAMIN, Das Verwaltungsgericht um 1999 – ein Portrait, *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Herzog Ruth/Feller Reto (édit.), Berne 2010.
- SCHINDLER BENJAMIN, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz, *Ius Publicum Europaeum*, Band 3, pp. 313–350, Heidelberg 2010.
- SCHMID GERHARD, Rechtsfragen bei Grossrisiken, *RDS* 1990 I 5 ss.
- SCHRADE ANDRÉ/LORETAN THEO, Kommentar zum Artikel 11 des Umweltschutzgesetzes (KUSG), Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2004.
- SCHWARZE JÜRGEN, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 2005.
- SCHWARZE JÜRGEN (édit.), *Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 2005.
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeirecht, *Leges* 2008/3, p. 379 ss.
- SEILER HANSJÖRG, *Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts*, Zurich 1997.
- SEILER HANSJÖRG, *Rechtsfragen technischer Risiken, Aufsätze zum Risikorecht*, Zurich 1995.
- SIDI-ALI KARIN, *La protection des biotopes en droit suisse, Etude de droit matériel*, Thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2008.
- SOBOTICH VIVIANE, *Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht*, Zurich 2000.
- STEINER PETER, *Die Umsetzung des Verursacherprinzips durch das Umweltschutzrecht*, Thèse Bâle 1999.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HAFNER FELIX/SCHMID GERHARD/SEELMANN KURT (édit.), *Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004*, Berne 2004.
- TANQUEREL THIERRY, L'extension des voies de recours en matière administrative: des grands principes à la pratique concrète, *LEGES* 2007/2, p. 203–277.
- TSCHANNEN PIERRE, Kommentar zum Artikel 1 des Umweltschutzgesetzes, Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^{ème} éd., Zurich 2004, janvier 2003.
- TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, *RDS* 1999 II p. 355 ss.

- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Bern 2009.
- TSCHANNEN PIERRE, «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als Polizeiliches Schutzgut?, *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (édit.), Berne 2005, pp. 553–568.
- VOGEL STEFAN, *Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten*, Thèse Zurich 2000.
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, *Umweltrecht I*, Zurich 2009.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Zur neusten Entwicklung des Verhältnismässigkeitsprinzips, *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (édit.), Berne 2005, pp. 593–608.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Die Staatshaftung im Bauwesen*, ZBl 1997, 385 ss.
- WIEDERKEHR RENÉ, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, Berne 2006.
- WITSCHI PETER, *Zürcherische Forstpolitik und Landesverwaltung im Ancien Régime*, Zurich, 1981.
- WOLF ROBERT, Kommentar zum Artikel 25 des Umweltschutzgesetzes [KUSG], Vereinigung für Umweltrecht/Keller Helen (édit.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2000.
- WOLFF HANS JULIUS/Bachof Otto, *Verwaltungsrecht: ein Studienbuch*, neubearb. von STÖBER ROLF; en collaboration avec KLUTH WINFRIED/MÜLLER MARTIN, Munich 2004.
- WOLFFERS ARTUR, Der Begriff der Polizei, ZBl 1941 385 ss.
- WÜRTENBERGER THOMAS, Konvergenzen oder Dominanz nationaler Rechtstraditionen in Deutschland und Frankreich?, *Frankreich-Jahrbuch* 2001, p. 151–171.
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO/GUY-ECABERT CHRISTINE, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001.
- ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Standortbestimmung, *RDS* 1978 II 1, pp. 1–131.
- ZÜRCHER ALEXANDER, *Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz*, Zurich 1996.
- ZWAHLEN HENRI, Le jugement des contestations administratives dans le Canton de Vaud, *JdT* 1939 III (droit cantonal), p. 34 ss.